

Handelshögskolan vid Göteborgs universitet

Juridiska institutionen

Tillämparuppsats, 20 poäng

Höstterminen 1999

Offentlighetsprincipen, demokratin och den kommunala verksamheten

Karin Leidzén

Handledare: Professor Lotta Westerhäll

Uppsats för tillämpade studier på jur kand-programmet, 20 poäng

Höstterminen 1999

Förkortningar

ABL	Aktiebolagslag (1975:1385)
AD	Arbetsdomstolen
FPL	Lag (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar
FT	Förvaltningsrättslig tidskrift
Dir	Direktiv
DN	Dagens Nyheter
FHL	Lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter
GP	Göteborgsposten
HSAN	Hälso- och sjukvårdens ansvarsnämnd
HSL	Hälso- och sjukvårdslag (1982:763)
ILO	Internationella arbetsorganisationen (International Labour Organisation)
JK	Justitiekanslern
JO	Justitieombudsmännens ämbetsberättelse
JT	Juridisk Tidskrift
KomL	Kommunallag (1991:900)
KU	Konstitutionsutskottet
MBL	Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet
LAS	Lag (1982:80) om anställningsskydd
LOU	Lag (1992:1528) om offentlig upphandling
NAT	Nordisk Administrativ Tidskrift
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
Prop	regeringens proposition till riksdagen
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
RF	Regeringsformen
RO	Riksdagsordningen
RPS	Rikspolisstyrelsen
RÅ	Regeringsrättens Årsbok
RRV	Riksrevisionsverket
SDF	Stadsdelsförvaltning
SDN	Stadsdelsnämnd
SekrL	Sekretesslag (1980:100)
Skoll	Skollag (1985:1100)
SoL	Socialtjänstlag (1980:620)

SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
TF	Tryckfrihetsförordning
YGL	Yttrandefrihetsgrundlag
YVHSL	Lag (1998:531) om yrkesverksamhet på hälso- och sjukvårdens område

Innehållsförteckning

Förkortningar	s 2
Innehållsförteckning	s 4
1. Bakgrund	s 6
1.1 Syfte	s 6
1.2 Problemformuleringar	s 6
1.3 Avgränsningar	s 7
1.4 Metod	s 9
1.5 Disposition	s 9
2. Vad är offentlig verksamhet?	s 10
2.1 Inledning	s 10
2.2 Offentlig förvaltning	s 10
2.3 Offentliga förvaltningsuppgifter	s 11
2.4 Myndighet	s 12
2.5 Annat allmänt organ	s 14
2.6 Myndighetsutövning	s 15
2.7 Sammanfattning	s 16
3. Kommunal offentlig verksamhet	s 16
3.1 Inledning	s 16
3.2 Kommunala rättsliga principer	s 17
3.2.1 Allmänt	s 17
3.2.2 Likställighetsprincipen	s 17
3.2.3 Självkostnadsprincipen	s 19
3.2.4 Förbudet mot spekulativ verksamhet	s 20
3.3 Obligatoriska och fakultativa uppgifter	s 21
3.4 Obligatorisk verksamhet	s 21
3.4.1 Allmänt	s 21
3.4.2 Vård och omsorg	s 22
3.4.3 Socialtjänst	s 24
3.4.4 Skola	s 26
3.5 Sammanfattning	s 28
4. Demokratin och den fria åsiktsbildningen	s 29
4.1 Inledning	s 29
4.2 Vad är demokrati?	s 29
4.2.1 Allmänt	s 29
4.2.2 Demokrati eller brukarinflytande	s 30
4.2.3 Majoritetsdemokrati eller samarbetsdemokrati	s 31
4.3 Varför offentlighet?	s 33
4.3.1 Allmänt	s 33
4.3.2 Lex Sara	s 34
4.3.3 Samariten Ambulans AB	s 36
4.4 Sammanfattning	s 38

5. Offentlighetsprincipen	s 38
5.1 Inledning	s 38
5.2 Yttrandefrihet	s 41
5.2.1 Allmänt	s 41
5.2.2 Begränsningar av yttrandefriheten	s 42
5.2.3 Sammanfattning och slutsats	s 44
5.3 Handlingsoffentlighet	s 46
5.4 Meddelarfrihet	s 49
5.4.1 Allmänt	s 49
5.4.2 Lojalitetsplikt och kritikrätt	s 51
5.4.3 Anskaffarfrihet	s 53
5.5 Meddelarskydd	s 55
5.5.1 Allmänt	s 55
5.5.2 Anonymitetsskydd	s 55
5.5.3 Förbud mot efterforskning	s 56
5.6 Sammanfattning	s 57
6. Rättssäkerhet	s 58
6.1 Inledning	s 58
6.2 Målstyrning	s 59
6.3 Begreppet rättighet	s 60
6.3.1 Allmänt	s 60
6.3.2 Legala rättigheter	s 62
6.3.3 Skyldigheter	s 62
6.4 Sammanfattning och slutsats	s 64
7. Offentlig tillsyn och kontroll	s 65
7.1 Inledning	s 65
7.2 JO och JK	s 65
7.3 Riksdagens revisorer och RRV	s 67
7.4 Socialstyrelsens och länsstyrelsernas tillsyn	s 67
7.5 Skolverkets tillsyn	s 68
7.6 Kommunal revision	s 70
7.6.1 Allmänt	s 70
7.6.2 Trovärdighet	s 70
7.6.3 "Privatiserad" verksamhet	s 71
7.7 Sammanfattning	s 75
8. Sammanfattning och slutsatser	s 75
8.1 Medborgerlig insyn	s 75
8.2 Risker för rättssäkerheten och demokratin	s 76
8.3 Slutdiskussion	s 79
Källförteckning	s 83

1. Bakgrund

Att det finns en rädsla för att kritisera sin arbetsgivare har uppmärksammats mycket på senare tid. Den svenska meddelarfriheten, som är en del av offentlighetsprincipen, gör det möjligt för offentliganställda att i publiceringssyfte lämna information till massmedia utan att riskera att utsättas för repressalier. Skyddet är så starkt att flertalet sekretessregler inte kan göras gällande för offentliga tjänstemän som talar med journalister. Skyddet innebär också att meddelaren har rätt att få vara anonym. Anonymitetsskyddet består i att journalister som huvudregel inte får röja källan och att myndigheter omfattas av ett förbud mot efterforskning av källan ifråga.

Idag bedrivs alltmer av offentlig verksamhet av privata rättssubjekt. Därmed upphör stora delar av offentlighetsprincipen att gälla. Detta medför i sin tur en risk för att granskningen av denna verksamhet försvåras och att den vanlige medborgaren i egenskap av anställd med sina erfarenheter, kunskaper och insikter inte längre skyddas om hon vill meddela sig i media. Övriga medborgare förhindras därmed att ta del av angelägen information och att få ta del av arbetstagarnas åsikter i samhällsdebatten rörande denna typ av verksamhet. Den debatt som är en förutsättning för den fria åsiktsbildningen, som i sin tur är en förutsättning för utövandet av den allmänna och lika rösträtten, vilken är en av grundstenarna i ett demokratiskt samhälle. Debatten riskerar därmed att utebli eller att bli väldigt ensidig eller uppstå efter att beslut redan har fattats.

1.1 Syfte

Mitt syfte med denna uppsats är dels att undersöka vad som händer med medborgarnas insyn när offentlig verksamhet övergår till att bedrivas av privata rättssubjekt dels att undersöka om det är förenat med risker för rättssäkerheten och demokratin att så sker.

1.2 Problemformuleringar

Vad är offentlig verksamhet? För att försöka definiera vad jag i uppsatsen avser med detta begrepp behövs en utredning av flera för förvaltningsrätten centrala begrepp, t ex offentlig förvaltning och myndighetsutövning. Att försöka fastställa vad begreppen innefattar är viktigt även för att fastställa offentlighetsprincipens omfattning. Flera av de förvaltningsrättsliga begreppen är vaga och frågan är om det går att hitta en bestämd definition.

Vad händer med demokratin när traditionell offentlig verksamhet bedrivs i privaträttsliga former? Ordet demokrati är ett mångtydigt begrepp och det är därför viktigt att försöka definiera dels vad jag avser med demokrati och dels hur demokratins former har förändrats under 1990-talet.

Vad händer med offentlighetsprincipen när offentlig verksamhet bedrivs av privata rättssubjekt? Offentlighetsprincipen är ett begrepp som innehåller flera olika komponenter. För att försöka fastställa vad offentlighetsprincipen innebär krävs en undersökning av begreppet. Vem omfattas av den, mot vem gäller den och kan den begränsas, är frågor som behöver besvaras. Även arbetstagarnas lojalitetsplikt och kritikrätt behöver klargöras eftersom dessa är av betydelse för arbetstagarnas möjligheter att delta i den offentliga debatten. Även här krävs en undersökning av förvaltningsrättsliga begrepp som *det allmänna*, *myndighet* och *annat allmänt organ*.

Hotas rättssäkerheten för den enskilde när kommunal offentlig verksamhet bedrivs av privata rättssubjekt? Medborgaren beskrivs allt oftare i rollen som konsument av service som det allmänna erbjuder - allt från fängelsevistelse och tvångsvård till undervisning, sociala tjänster och sjukvård. Den enskilde ingår "avtal" med de olika producenterna. Vad har den enskilde egentligen för rättigheter och i förhållande till vem?

Det finns flera organ som utövar kontroll och tillsyn av både privat och offentlig verksamhet. Är den tillsyn och kontroll som sker av bl a Socialstyrelsen, länsstyrelserna, Skolverket och kommunens revisorer tillräcklig för att upprätthålla rättssäkerheten för den enskilde?

1.3 Avgränsningar

Jag kommer inte att behandla öppenheten inom EU i jämförelse med en svenska offentlighetsprincipen. Detta är visserligen en viktig fråga, inte minst efter det svenska medlemskapet. Inom EU gäller motsatt princip - utgångspunkten är att allt är hemligt som inte uttryckligt undantagits och att tystnadsplikt råder för de anställda. Visserligen går det att läsa i Amsterdamfördraget att besluten skall fattas så öppet och så nära medborgarna som möjligt (Artikel 1) samt att medborgarna skall ha rätt till tillgång till Europaparlamentets, rådets och kommissionens handlingar, att principen för denna rätt skall slås fast inom två år och att varje institution skall utarbeta egna insynsregler. (Artikel

255). Det rör sig alltså om en form av handlingsoffentlighet, ingenting annat. Detta kan jämföras med vad som diskuteras vad gäller de kommunala företagen här i Sverige. Handlingsoffentlighet är en del av den svenska offentlighetsprincipen. Revisorn Paul van Buitenens rapport om korruption, pengamissbruk och svågerpolitik inom EU-kommissionen visar hur viktig offentlighetsprincipen är. Missförhållandena hade troligtvis avslöjats mycket tidigare - kanske hade de t o m inte förekommit - om offentlighet hade varit huvudregel. Nu gick han efter år av tvekan, med risk för att förlora jobbet (han är avstängd och riskerar att bli degraderad eller avskedad), ut med uppgifterna. I Sverige hade han skyddats av meddelarfriheten.

Beträffande offentlig verksamhet kommer jag i huvudsak att rikta in mig kommunernas s k obligatoriska uppgifter enligt speciallagstiftning och då vård och omsorg samt skola. Detta är s k mjuka områden där det idag pågår en medveten strategi från kommunförbundets sida att öka förekomsten av alternativa driftsformer. Det vill bli ha ändringar i skollagen för att göra det möjligt att driva grundskola i entreprenadform. F n är endast kringverksamheten i form av skolskjutsar, städning, skolmåltider, fastighetsförvaltning o s v möjliga att drivas av privata rättssubjekt.¹

Jag kommer att belysa frågeställningarna utifrån ett rättspolitiskt perspektiv och utgå från demokratiska och rättsliga aspekter för offentlighetsprincipens vara eller inte vara i sådana verksamheter som kommunen ålagts enligt speciallag, dvs kommunernas obligatoriska uppgifter, oavsett om verksamheten bedrivs av ett privat rättssubjekt eller inte. Ideologiska och ekonomiska argument för och emot att bedriva offentlig verksamhet i privat eller offentlig regi kommer jag inte att behandla i uppsatsen utan tyngdpunkten kommer att ligga på offentlighetsprincipens vara eller icke vara vad gäller kommuners verksamhet som bedrivs i s k alternativa driftsformer. Jag kommer inte djupare beröra LOU. Kommuner är skyldiga att tillämpa den vid upphandling av t ex hälso- och sjukvård och socialtjänst som utförs av externa utförare. Som externa utförare räknas även bolag och andra juridiska personer som ägs av kommuner och landsting när dessa utövar ett bestämmande inflytande över bolaget.² Vid upphandlingsförfarandet kommer frågor om offentlighet och sekretess upp men dessa kommer jag alltså inte att behandla i uppsatsen.

¹ Se Konkurrens för fortsatt välfärd? s 197

² Löfving, C, Setterlid, R, a s 52-53, 9

Vad gäller offentlighetsprincipen kommer jag främst att beröra meddelarfriheten och meddelarskyddet eftersom jag anser att de är viktiga för den offentliga debatten. En anställd har ofta särskilda kunskaper, erfarenheter och insikter och kan också känna ett djupgående professionellt, moraliskt och politiskt engagemang och ansvar. Samtidigt riskerar hon att bli utsatt för repressalier om hon går ut med kritiska uttalanden i den offentliga debatten. Detta gör det än viktigare att meddelarfriheten och meddelarskyddet värnas eftersom den gör det möjligt för uppgiftslämnaren att vara anonym. Det blir sedan den ansvarige utgivaren som ansvarar för uppgifterna. "Den enes ansvar den andres frihet". Detta innebär i och för sig att media kommer att fungera som ett filter för den fria åsiktsbildningen³. Jag anser att det i vart fall inte kan vara till någon nackdel att viktigare frågor åtminstone har en formell möjlighet att belysas även från anställdas perspektiv utan risk för repressalier från arbetsgivaren.

1.4 Metod

Jag kommer att använda mig av traditionell rättskällelära (lagtext, förarbeten, praxis och doktrin) för att försöka fastställa gällande rätt på området. Jag kommer vidare att belysa frågor kring offentlighetsprincipen och offentlig verksamhet som bedrivs av privata rättssubjekt genom JO-fall och debattartiklar i både böcker och dagspress. Alla kursiveringar i uppsatsen är gjorda av mig.

1.5 Disposition

Jag börjar med att försöka definiera vad som avses med offentlig verksamhet och speciellt kommunal sådan. Jag kommer även att beröra kommunala rättsliga principer eftersom de är viktiga utifrån rättssäkerhetssynpunkt. En redogörelse rörande förutsättningarna för överlämnade av kommunal verksamhet till privata rättssubjekt vad gäller vård och omsorg, socialtjänst och skola kommer också att ingå i detta avsnitt (kapitel 2 och 3). Därefter behandlas frågan om demokrati och förutsättningarna för en fri åsiktsbildning. Här kommer bakgrunden till den nya bestämmelsen 71a § i SoL, Lex Sarah, och Ambulansförarmålet AD 1997:57 att belysas (kapitel 4). Efter detta kommer en relativt omfattande redogörelse för offentlighetsprincipen och dess inskränkningar (kapitel 5) och därefter ett avsnitt om rättssäkerhet och rättigheter (kapitel 6). Kapitel sju berör

³ Detta är en annan intressant fråga som bl a Bengt Nerman beskrivit i "Den offentliga lögnen" Atlas 1997. Han säger bl a att det uppdrag journalisterna fått verka vara en ideologisk konstruktion. Massmedieideologin har tydliga drag av affärsfilosofi förvandlad till demokratisk argumentering.

möjligheterna för offentlig tillsyn och kontroll av verksamheter (kapitel 7) och till sist kommer en sammanfattning samt slutsatser och en slutdiskussion (kapitel 8).

2 Vad är offentlig verksamhet?

2.1 Inledning

Begreppen offentlig förvaltning, offentlig förvaltningsuppgift, myndighet, annat allmänt organ och myndighetsutövning är centrala i det offentlighetsrättsliga regelverket. I denna del kommer jag därför att redogöra för dessa begrepp. De har analyserats åtskilligt i den juridiska doktrinen⁴ och fortfarande råder inte konsensus om begreppen. Utgångspunkten för analyserna av begreppen har ofta varit RF 11 kap 6 §. Lena Marcusson har i sin avhandling *Offentlig förvaltning utanför myndighetsområdet* utrett begreppen ingående.⁵ Hon behandlar den del av den offentliga förvaltningen som ligger utanför den statliga och kommunala myndighetsorganisationen. Föremålet för hennes forskning är bl a de olika verksamhetsformer som inte karaktäriseras som myndigheter och de skiftande uppgifter som också kan sammanfattas under begreppet offentlig förvaltning. Vidare har hon undersökt hur man rättsligt skall bedöma tillåtligheten av sådan förvaltning och vad följderna blir av att förvaltningen bedrivs utanför myndighetsområdet. Det mesta av detta kapitel bygger på Marcussons avhandling eftersom det är kommunal verksamhet som bedrivs av privata rättssubjekt som är föremålet för min uppsats. Jag börjar med att utreda begreppen offentlig förvaltning och offentlig förvaltningsuppgift. Därefter går jag vidare med begreppen myndighet och myndighetsutövning. Eftersom förbudet mot efterforskning i TF, vilket är en del av offentlighetsprincipen, endast gäller för myndigheter eller andra allmänna organ kommer jag att även utreda begreppet annat allmänt organ.

2.2 Offentlig förvaltning

Att positivt bestämma vilken verksamhet som innefattas av begreppet offentlig förvaltning är inte möjligt eftersom det beror av den offentliga verksamhetens faktiska omfattning i ett visst samhälle vid en viss tidpunkt. Staten kan i större eller mindre utsträckning utnyttja sin makt genom tvångsregleringar av olika slag. Den offentliga förvaltningen kan också bestå i att nyttigheter av olika slag ställs till medborgarnas förfogande, t ex sjukvård, socialvård,

⁴ Se t ex Marcusson, L, a a, Riberdahl, C, a a, Ragnemalm, H a a, Göransson, H a a, SOU 1987:35 del 3 s 105 ff där Bramstäng, G berör begreppen.

⁵ Marcusson, L a a

undervisning och kommunikationer. Därutöver kan staten driva rena affärsföretag.⁶ Uttrycket används i denna uppsats som ett samlingsbegrepp för sådan verksamhet som bedrivs av det allmänna. Även privata rättssubjekt inkluderas i det allmänna då de handhar offentlig förvaltningsuppgift efter delegation enligt RF 11 kap 6 §. Men vad är en offentlig förvaltningsuppgift?

2.3 Offentliga förvaltningsuppgifter

Legaldefinition saknas för begreppet offentlig förvaltningsuppgift. Begreppet förekommer bl a i RF 11 kap 6 §. Vad som skall förstås med termen förvaltningsuppgift är oklart. RF:s förarbeten ger inga ledtrådar. "Offentliga förvaltningsuppgifter" beskrivs vid något tillfälle som "verksamhet som innefattar förvaltning för det allmännas räkning", vid ett annat som "förvaltningsuppgift som det allmänna har" (prop 1973:90 s 396 f).⁷ Marcusson har gjort ett försök att bestämma vad som kan anses vara offentliga förvaltningsuppgifter. Hon delar in den offentliga sektorn i dels aktörer och dels verksamheter. Bland aktörerna ingår statliga och kommunala myndigheter, fristående offentligrättsliga subjekt, statligt och kommunalt ägda eller dominerade aktieföretag och stiftelser och övriga privata rättssubjekt med delvis offentliga förvaltningsuppgifter.

Vidare urskiljer hon fyra typer av verksamheter. De är myndighetsutövning, offentligrättsligt beslutsfattande i övrigt, offentligrättsligt faktiskt handlande i övrigt och privaträttsliga uppgifter.⁸ Bland verksamheterna är framförallt *offentligrättsligt faktiskt handlande i övrigt* intressant här. Marcusson menar att trots att förvaltningsuppgifter av detta slag kan överlämnas till enskilda utan direkt lagstöd (ej myndighetsutövning) är det dock viktigt att området kartläggs eftersom saklighetskrav och objektivitetskrav enligt RF 1 kap 9 § alltid måste kunna ställas även inom dessa verksamheter. Hon ger därefter förslag på vad begreppet offentlig förvaltningsuppgift vid sidan av myndighetsutövning kan anses vara. Och ger följande förslag till kriterier:

1. Uppgiften skall kunna utföras av myndighet. I de fall stat eller kommun tidigare drivit en verksamhet som inte är av rent privaträttslig art kan det dessutom motivera en

⁶ Strömberg, H a s 16

⁷ Petrén/Ragnemalm, a a s 277

⁸ Marcusson, L a s 73

presumption att verksamheten även i privata händer är av offentligrättslig art, dvs en offentlig förvaltningsuppgift utförd av enskild.

2. Stat eller kommun utövar styrning och kontroll i någon form över verksamheten.
3. Stat eller kommun medverkar till finansieringen av verksamheten.
4. Uppgiften innebär en påverkan i någon form på medborgare eller grupper av medborgare.

Hon menar dock att det är svårt att uppställa en absolut, fast gräns mellan offentligrättsliga och privaträttsliga uppgifter. Det blir frågan om en glidande och föränderlig skala beroende på samhällsutvecklingen.⁹

Jag använder mig i denna uppsats av Marcussons tolkning av begreppet offentlig förvaltningsuppgift. De verksamheter jag tar upp, vård, omsorg och skola, uppfyller hennes fyra kriterier för att verksamheten skall anses utgöra en offentlig förvaltningsuppgift. Jag menar att det är viktigt, dels av demokratiskäl och dels av rättssäkerhetsskäl, att medborgarna vid överlåtelse av förvaltningsuppgifter till enskilda, med de risker för maktmissbruk som kan uppstå eftersom många rättsliga regler till skydd för maktmissbruk upphör att gälla, bibehåller sina möjligheter att granska verksamheterna - både inifrån och utifrån. I detta arbete är det främst offentlighetsprincipen jag åsyftar. Den som innebär att kontroll och ansvarsutkrävande kan komma till stånd på initiativ från medborgarna eller massmedia.

2.4 Myndighet

I RF framgår inte klart hur begreppen myndighet, det allmänna och annat allmänt organ eller offentlig verksamhet förhåller sig till varandra. I förarbetena framgår inte heller någon exakt definition av begreppet myndighet. Petrén och Ragnemalm menar att begreppet myndighet enligt RF inkluderar regeringen men ej rättssubjekt organiserade i privaträttsliga former och ej heller statsägda AB eller i övrigt organ som faller under bestämmelsen 11 kap 6 § tredje stycket. Till förvaltningsmyndigheter räknas dock även de fristående rättssubjekt som har offentligrättsliga organisationsformer, som försäkringskassorna.¹⁰ Holmberg och Stjernquist menar att statliga och kommunala organ, med undantag av riksdagen och de kommunala beslutande församlingarna, är myndigheter

⁹ Marcusson, L a s 107

¹⁰ Petrén/Ragnemalm, a s 36-37

enligt RF:s terminologi. Organ som är organiserade i privaträttsliga former är däremot inte myndigheter.¹¹ Strömberg hävdar att de fristående offentligrättsliga subjekten med undantag för de allmänna försäkringskassorna inte bör anses inbegripa i myndighetskategorin.¹² Enligt Marcusson ger RF uttryck för ett organisatoriskt förankrat myndighetsbegrepp, vilket i sin tur lett till att man kompletterat RF med begrepp som "annat offentligt organ" eller "andra som fullgör uppgifter...". Uttrycket "det allmänna" har dessutom den funktionen att det inbegriper även beslutande församlingar. Distinktionen myndighet - enskild upprätthålls dock med hänvisning till organisatoriska kriterier, dels genom att istället för att tillåta ett extensivt myndighetsbegrepp arbeta med kompletteringar för att åstadkomma en reglering som skall täcka hela det område som är av betydelse ur offentligrättslig synvinkel.¹³

I TF förekommer begreppet myndighet i flera bestämmelser. I 1 kap 1 § anges vad som menas med tryckfrihet, bl a .."rätt att, utan några av myndighet eller annat allmänt organ i förväg lagda hinder, utgiva skrifter,..". I 1 kap 2 § andra stycket anges att det inte heller är "tillåtet för myndighet eller annat allmänt organ att på grund av skrifts innehåll, genom åtgärd som icke äger stöd i denna förordning, hindra tryckning eller utgivning eller av skriften eller dess spridning bland allmänheten."

I TF 2 kap ges bestämmelser rörande handlingsoffentligheten och här är begreppet myndighet av central betydelse. En handling är enligt 3 § allmän om den "förvaras hos myndighet och enligt 6 eller 7 § är att anse som inkommen eller upprättad hos myndighet." I 5 § likställer man myndighet i 2 kap "riksdagen, kyrkomötet och beslutande kommunal församling." I 14 § tredje stycket sägs vidare att "Myndighet får inte på grund av att någon begär att få taga del av allmän handling efterforska vem han är eller vilket syfte han har med sin begäran i större utsträckning än som behövs för att myndigheten skall kunna pröva om hinder föreligger mot att handlingen lämnas ut."

Även i TF 3 kap, vilket handlar om rätten till anonymitet, förekommer begreppet myndighet. I 4 § stadgas att "Myndighet eller annat allmänt organ må ej efterforska..." osv. En väsentlig rättslig konsekvens av att ett organ blir klassat som myndighet eller annat

¹¹ Holmberg/Stjernquist, a a s 182

¹² Strömberg, H a a s 29

¹³ Marcusson, L a a s109-113

allmänt organ är alltså att väsentliga delar av offentlighetsprincipen blir tillämpliga, bl a förbudet mot efterforskning. Detta innebär också att de organ som inte är att betrakta som myndigheter eller andra allmänna organ är oförhindrade att efterforska författare eller meddelare. Det är därför viktigt att definiera begreppen myndighet respektive annat allmänt organ.

Vid ändringarna av TF 1976 uttalades att det var både naturligt och nödvändigt med ett enhetligt myndighetsbegrepp i grundlagarna. Samtidigt fanns en klar önskan att inte begränsa offentlighetsprincipens tillämpningsområde.¹⁴ Frågan om att likställa vissa privaträttsliga organ som svensk Bilprovning AB med myndigheter vid offentlighetsprincipens tillämpning togs därför upp inom ramen för arbetet med sekretesslagstiftningen. För att utvidga offentlighetsprincipens tillämpningsområde till privaträttsliga organ med offentliga uppgifter infördes i SekrL 1 kap 8 § en bestämmelse som innebär att rätten att ta del av allmänna handlingar hos en myndighet i tillämpliga delar också skall gälla de organ som särskilt räknas upp i bilaga till SekrL. Idag omfattar bilagan omkring trettio namngivna organ samt vissa grupper av organ¹⁵. Att märka är dock att det endast är fråga om handlingsoffentlighet och inte offentlighetsprincipen i vid mening eftersom hänvisning endast görs till TF:s regler om handlingsoffentlighet och ej RF:s bestämmelser om yttrandefrihet.

2.5 Annat allmänt organ

Begreppet annat allmänt organ i TF 3 kap 4 § innebär enligt förarbetena organ, som till sin karaktär fullgör uppgift som normalt åvilar staten eller kommun. Enskild berörs ej av efterforskningsförbudet.¹⁶ Frågan är då vad som normalt åvilar staten eller kommun? Kan man dra slutsatsen att kommunernas obligatoriska uppgifter är sådana. Eftersom uppgifterna i de flesta fall kan utföras av enskilda, t ex hälso- och sjukvård samt socialtjänst, trots att kommunerna ansvarar för verksamheten blir uttalandet en paradox eftersom enskilda inte omfattas av efterforskningsförbudet. Åsyftas med annat allmänt organ de organ som räknas upp i bilagan till SekrL? Eller är det de särskilda offentlighetsrättsliga subjekten som bildats för att handha vissa offentlighetsrättsliga uppgifter, t ex advokatsamfundet, akademier, studerandesammanslutningar och försäkringskassorna eller

¹⁴ prop 1975/76:160 s 133 ff

¹⁵ SOU 1997:38 s 15

¹⁶ Petrén/Ragnemalm a a s 414

menar man även statliga och kommunala bolag och stiftelser? Eftersom man enligt Marcusson valt att jobba kompletteringar till myndighetsbegreppet istället för ett extensivt tolkat sådant är det troligt att lagstiftaren med annat allmänt organ avsett de offentlighetsrättsliga subjekten som bildats för att handha vissa offentlighetsrättsliga uppgifter. Oklarhet i fråga om begreppet är enligt min mening inte bra för rättssäkerheten för den enskilde eftersom efterforskningsförbudet är en av förutsättningarna för att enskilda skall våga ta kontakt med massmedia rörande förhållandena på sin arbetsplats utan att riskera att bli föremål för efterforskning.

2.6 Myndighetsutövning

Enligt HSL och SoL får inte verksamhet som innebär myndighetsutövning utföras av annan utan stöd av lag. Detta har sitt ursprung i RF 11 kap 6 § tredje stycket. Kravet på lagform innefattar en särskild garanti för att medborgarnas intressen inte skall bli åsidosatta. Ett visst krav på konkretion beträffande utformningen av lagregeln krävs. Konkretionskravet avser dels sättet att ange uppgiftsmottagaren, dels uppgiftens huvudsakliga innebörd.¹⁷

Begreppet myndighetsutövning saknar legaldefinition. Av 3 § äldre förvaltningslagen, vilket den nyare lagstiftningen hänvisar till i förarbetena, framgår att med myndighetsutövning avses sådant handlande som innebär "att med stöd av lag eller författning utöva befogenhet att för enskild bestämma om förmån, rättighet eller skyldighet, disciplinpåföljd, avskedande eller därmed jämförligt förhållande"¹⁸ I lagmotiven sägs att myndighetsutövning ytterst är ett uttryck för samhällets maktbefogenheter i förhållande till medborgarna. Till myndighetsutövning hör sådan offentlig verksamhet där myndigheter ensidigt bestämmer om enskildas skyldigheter eller ingrepp i enskildas frihet. Även faktiska åtgärder som innebär sådana ingrepp är myndighetsutövning. Också gynnade beslut faller in under begreppet. Till begreppet hör beslut om rättigheter och förmåner av olika slag om beslutet fattas med stöd av offentlighetsrättsliga bestämmelser. Till myndighetsutövning hör också vissa beslut med indirekta rättsverkningar, t ex beslut om examination och registrering.¹⁹ Både betungande och gynnande beslut vilka innefattar direkta eller indirekta handlingsmönster anses utgöra

¹⁷ Petrén/Ragnemalm a a s 281

¹⁸ prop 1973:90 s 397

¹⁹ Strömberg, H, a a s 19-20

resultat av myndighetsutövning bara någon form av tvång skymtar i bakgrunden eller den enskilde i vart fall befinner sig i beroendeförhållande till myndigheten. I själva verket framträder förankringen i offentlighetsrättsliga normer jämte den omständigheten, att den enskildes personliga eller ekonomiska situation i väsentlig mån kan påverkas av verksamheten, som det avgörande kriteriet.²⁰ Jag vill här uppmärksamma att begreppet myndighetsutövning inte är synonymt med myndighetsbeslut. Myndighetsutövning kan som ovan framgått även vara rent faktiska åtgärder som har sin grund i offentlighetsrättsliga normer samt att den enskildes situation i väsentlig mån påverkas av verksamheten. Begreppet myndighetsutövning kan alltså avse både beslut och faktisk verksamhet.

2.7 Sammanfattning

Begreppen offentlig förvaltning, offentliga förvaltningsuppgifter, myndighet, annat allmänt organ och myndighetsutövning är vaga och omöjliga att en gång för alla bestämma. Detta innebär att det finns utrymme olika tolkningar vilket i sig inte är bra för rättssäkerheten för den enskilde. När det rör sig om grundläggande fri- och rättigheter fastställda genom grundlagar borde begreppen tolkas till förmån för den enskilde individen enligt principen om att grundlag går före vanlig lag. Det är enligt min mening olämpligt att gå bakvägen för att positivt bestämma vad begreppen innebär. Begreppet offentlig förvaltningsuppgift är i denna uppsats liktydig med offentlig verksamhet enligt Marcussons kriterier. Därmed är både kommunal hälso- och sjukvård samt omsorg och skola exempel på offentlig verksamhet oavsett om de bedrivs av enskilda rättssubjekt eller ej. Även friskolor som erhåller bidrag i någon form omfattas av begreppet enligt nämnda kriterier. Helt privat bedriven och privat finansierad sjukvård och undervisning förekommer visserligen i Sverige idag men den är av så marginell betydelse att jag bortser från den här.

3 Kommunal offentlig verksamhet

3.1 Inledning

Jag kommer i detta kapitel att redogöra för viktiga principer för det kommunala självstyret; likställighetsprincipen, självkostnadsprincipen och förutsättningarna för kommunens rätt att ta ut avgifter samt förbudet för kommuner att bedriva spekulativ verksamhet. Jag kommer även att belysa skillnaden mellan kommuners obligatoriska och fakultativa uppgifter. Vidare kommer jag att ta upp exempel på de obligatoriska verksamheterna vård

²⁰ Petrén/Ragnemalm, a s 280

och omsorg, socialtjänst samt skola. Som ovan berörts krävs enligt RF 11:6 3 st stöd av lag vid överlämnande av förvaltningsuppgift som innefattar myndighetsutövning. Om förvaltningsuppgiften inte innefattar myndighetsutövning krävs därmed motsatsvis inget stöd i lag. Jag har ovan utrett begreppen offentlig förvaltningsuppgift och myndighetsutövning och skall i detta avsnitt belysa den rättsliga regleringen vad gäller vård och omsorg, socialtjänst samt skola.

3.2 Kommunala rättsliga principer

3.2.1 Allmänt

Av RF 1 kap 1 § andra stycket följer att folkstyrelsen förverkligas genom ett representativt och parlamentariskt statsskick och genom kommunal självstyrelse. Genom 1991 års kommunallag har detta skrivits in i KomL 1 kap 1 § andra stycket. I förarbetena sägs dock att det handlar om en princip för relationen mellan staten och den kommunala nivån och att denna princip inte kan vara total.²¹ Kommunmedborgarna kan få till stånd en prövning av sina rättigheter enligt grundlag gentemot kommun och landsting genom kommunalbesvär. JO kan i sin tillsynsfunktion göra uttalanden som rör kommunernas och landstingens tillämpning av grundlagarna. Här är också bestämmelserna i TF av intresse. Jag kommer nedan att beskriva några av de rättsliga principer, utöver RF 1 kap 9 §, som kommunerna har att tillämpa gentemot sina medlemmar.

3.2.2 Likställighetsprincipen

Av KomL 2 kap 2 § följer att kommuner och landsting skall behandla sina medlemmar lika, om det inte finns sakliga skäl för något annat. Detta innebär att det inte är tillåtet att särbehandla vissa kommunmedlemmar eller grupper av kommunmedlemmar om det inte sker på objektiv grund. Det fordras alltså rationella och sakliga överväganden för att särbehandling skall få ske. Principen innefattar inte något absolut förbud mot att en kommun vid ett visst tillfälle tillhandahåller anläggningar eller tjänster som bara kommer vissa medlemmar tillgodo. Grundprincipen är dock att kommunen senare bereder även andra medlemmar samma nyttigheter.

I förarbetena till den nya kommunallagen uttalades att det var ofrånkomligt att det i en starkt decentraliserad organisation, t ex en kommun med heltäckande

²¹ prop 1990/91:117 s 22-23

kommundelsnämnder, kan uppstå variationer ifråga om servicenivå mellan olika kommundelar. När det gäller myndighetsutövande uppgifter kräver emellertid likställighetsprincipen en objektiv och rättvis behandling av alla kommunmedlemmar även i en sådan organisation.²² Uttalandet kan enligt min mening starkt ifrågasättas. Likställighetsprincipen skall givetvis gälla även verksamhet som inte är myndighetsutövning.²³ I annat fall skulle t ex , med ett restriktiv tolkning av begreppet myndighetsutövning, varken kommunal hälso- och sjukvård eller omsorg omfattas av likställighetsprincipen. Enligt tjänstemän på stadskansliet i Göteborg är det svårt att hitta en bra metod för att tillse att likställighetsprincipen upprätthålls.²⁴ Stadsdelsnämnderna i Göteborg ansvarar bl a för grundskolan, omsorgen om funktionshindrade och psykiskt störda samt äldreomsorgen. Pengarna till stadsdelsnämndernas verksamheter fördelas av kommunfullmäktige med hänsyn till befolkningens sammansättning. Dels ges ett bidrag för varje invånare (ca 55 %), dels ett extra bidrag med hänsyn till stadsdelens sociala sammansättning (ca 45 %). Nämnderna får även inkomster från de avgifter de tar ut för bl a barnomsorg och äldreomsorg. De har sedan möjlighet att fördela dessa medel mellan de verksamheter de ansvarar för.²⁵

Detta medför enligt min mening risker för likställighetsprincipens efterlevnad eftersom de olika stadsdelsnämnderna har möjlighet att prioritera olika områden. I den ena SDN kanske äldreomsorgen anses viktigare än grundskolan osv. Dessutom är det stadsdelsnämnderna som avgör om de skall lägga ut sin verksamhet på entreprenad. Reformen innebär därmed att upprätthållandet av likställighetsprincipen försvåras i och med den starkt decentraliserade organisationen. Även överblicken för den enskilde medborgaren att kontrollera att likställighetsprincipen upprätthålls i kommunen försvåras eftersom det numera är tjugoen olika SDN att jämföra och att dessa i sin tur har olika sätt att organisera sin verksamhet.

Likställighetsprincipen gäller under förutsättning att kommunen träder i direkt kontakt med sina medlemmar i denna deras egenskap och inte när en kommun anställer personal, gör upphandling, köper och säljer fastigheter etc.²⁶ Innebörden av principen kan vara olika

²² prop 1990/91:117 s 150

²³ Kommunen skall tillämpa RF 1 kap 9 § oavsett om det rör sig om myndighetsutövning eller ej.

²⁴ Studiebesök på stadskansliet 1999-11-10 Olle Gard

²⁵ Stadsdelsnämnderna i Göteborg - vad gör dom egentligen? Göteborgs stad, SDN-delagationen 1997

²⁶ Principen gäller alltså inte när kommunen uppträder som avtalspart i ett civilrättsligt avtal.

beroende av verksamhetsområde. Den ger inte utrymme för någon inkomstfördelande verksamhet. Undantag från detta kan dock göras i speciallag, t ex SoL. I fråga om bidrag till föreningslivet har likställighetsprincipen inte ansetts hindra att hela det tillgängliga anslaget för visst ändamål utgått till en enda organisation med uteslutande av andra organisationer på samma verksamhetsområde som också sökt bidrag. En förutsättning för att ett sådant bidragsbeslut inte skulle strida mot likställighetsprincipen har emellertid varit att den verksamhet som fått bidraget stått öppen för alla intresserade på lika villkor oavsett om de varit medlemmar eller inte.²⁷

I fråga om kommunala avgifter innebär principen att sådana inte utan särskilt författningsstöd får bestämmas till olika belopp beroende på konsumentens betalningsförmåga i det enskilda fallet.²⁸ I princip får avgiftsdifferentiering för ekonomiskt mera betydande prestationer inte heller ske så att t ex ekonomiskt svaga grupper får särskilda förmåner. Däremot finns inget hinder att det för tillträdet till kommunala anläggningar eller kommunala kommunikationer görs en avgiftsdifferentiering för t ex barn, inkallade och pensionärer. Det finns inte heller något som hindrar att differentiera avgifterna med hänsyn till kostnadsskillnader mellan olika prestationer.²⁹ Detta förekommer ofta när det gäller taxor inom barnomsorgen och vistelsetid samt hemtjänst och olika grader av service.

3.2.3 Självkostnadsprincipen

Kommunerna och landstingen har som ett led i den kommunala självstyrelsen en egen beskattningsrätt. Detta följer av RF 1 kap 7 §. Betungande offentligrättsliga avgifter skall meddelas i lag, dvs av riksdagen enligt RF 8 kap 3 §. Normgivningsmakten avseende dessa avgifter kan dock delegeras till kommunerna och landstingen, antingen genom direktdelegation enligt RF 8 kap 9 § andra stycket eller genom subdelegation enligt RF 8 kap 7 och 11 §§. Icke tvångsmässiga offentligrättsliga avgifter är underkastade bestämmelserna i RF 8 kap 5 § och då blir även RF 8 kap 7 och 11 §§ tillämpliga på sådana avgifter. Normgivningsmakten kan alltså även här flyttas över på kommunerna och landstingen genom subdelegation. Exempel på icke tvångsmässiga avgifter är sjukvårdsavgifter och avgifter för sociala tjänster.

²⁷ Se RÅ 1962 ref 11, RÅ 1972 ref 30 och RÅ 1974 A 1888

²⁸ Se RÅ 1968 ref 30

²⁹ Paulsson, I m fl a a s 58-61

Genom en lagändring 1994 i KomL 8 kap 3a § 1 st klargjordes kommunernas och landstingens rätt att ta ut avgifter på det fakultativa området.³⁰ För den obligatoriska verksamheten innehåller bestämmelsens andra stycke en upplysning om att det krävs stöd i särskilda föreskrifter för att kommunerna och landsting skall få ta ut avgifter för de tjänster och nyttigheter som de är skyldiga att tillhandahålla.

Självkostnadsprincipen har stor betydelse för de kommunala avgifterna. Principen har länge upprätthållits i rättspraxis och skrevs genom lagändringen 1994 in i KomL 8 kap 3b§. Självkostnadsprincipen innebär att en kommun eller ett landsting inte får bestämma sina avgifter till sådana belopp att de tillför kommunen eller landstinget en vinst vare sig det är frågan om frivillig eller specialreglerad verksamhet. Principen gäller som huvudregel oberoende av om verksamheten bedrivs i egen regi eller genom anlitan av utomstående entreprenörer. I det sistnämnda fallet behöver emellertid tillämpningen av självkostnadsprincipen i det enskilda fallet regleras i avtal, bolagsordning eller andra rättsliga dokument. Syftet med principen kan sägas vara att hindra att kommuner och landsting från att utnyttja den monopolsituation som de ofta befinner sig i. Den innebär dock inte att avgifterna aldrig får överstiga kostnaderna. Ett överuttag av avgifter godtas så länge avgifterna inte kan sägas till väsentlig eller påtaglig del överstiga en för verksamheten beräknad självkostnad. Kostnaderna måste ha ett direkt samband med verksamheten i fråga för att få påverka avgiftens storlek. Till undantag från självkostnadsprincipen hör kommunernas långivande och fastighetsförvaltande verksamhet. Vidare har kommunerna rätt att tillgodogöra sig det upphovsrättsliga värdet på sina produkter. En fördelning av avgiftsuttaget mellan olika abonnenter eller konsumenter får inte stå i strid med likställighetsprincipen. Detta innebär att lika avgift skall utgå för lika prestation.³¹

3.2.4 Förbudet mot spekulativ verksamhet

KomL 2 kap 7 § ger uttryck för principen om förbudet mot spekulativa företag. Förbudet innebär att en kommun eller ett landsting inte får inlåta sig i företag som har till huvudsakligt syfte att ge kommunen eller landstinget en ekonomisk vinst. Genom angivandet av denna förutsättning framträder skillnaden mellan det privata näringslivet,

³⁰ Se nedan om kommunernas fakultativa respektive obligatoriska uppgifter.

³¹ Paulsson, I m fl a a s 280-285

som har ett klart uttalat vinstsyfte, och den kommunala verksamheten, som bärs upp av ett allmänt, samhälleligt intresse. Exempel på affärsverksamheter som bedrivs av kommuner är bostadsföretag, tvätterier, el-, gas- och värmeverk, renhållningsverk, fryserier, saluhallar, slakthus, parkeringsanläggningar, transportföretag, hamnar, flygplatser samt rörelser för att tillhandahålla idrottsarenor och fritids- och nöjesanläggningar. Utgångspunkt för bedömningen av vad som är tillåtet är allmänintresset.³²

3.3 Obligatoriska och fakultativa uppgifter

Uppgiftsfördelningen mellan staten och kommunerna regleras inte i grundlagen. Huvudregeln är dock att kommunernas befogenheter - dvs vad de får men inte måste göra - och deras åligganden - dvs de skyldigheter som åvilar kommunerna - skall bestämmas genom lag. Detta följer av RF 8 kap 5 §. Bestämmelsen ger uttryck för krav på riksdagens medverkan när det gäller att bestämma de kommunala uppgifterna och det kommunala handlingsutrymmet. Enligt RF 8 kap 7 § kan även regeringen efter bemyndigande i lag meddela föreskrifter i form av förordningar (delegation). Om riksdagen bemyndigar regeringen att meddela föreskrifter i visst ämne så kan riksdagen också medge att regeringen överlåter åt förvaltningsmyndighet eller kommun att meddela bestämmelser i ämnet enligt RF 8 kap 11 § (subdelegation). I KomL 2 kap 5§ erinras om kommunernas och landstingens rätt att meddela föreskrifter enligt RF. De föreskrifter som åsyftas är i detta hänseende KomL 8 kap 3 § och 5 § samt RF 8 kap 7, 9 och 11 §§.³³

3.4 Obligatorisk verksamhet

3.4.1 Allmänt

Flertalet av de förvaltningsuppgifter som regleras i speciallagar är obligatoriska uppgifter som kommunerna och landstingen är skyldiga att sköta. Hit hör t ex hälso- och sjukvården, socialtjänsten och skolväsendet. Ekonomiskt sett förbrukas 80 % av kommunens resurser inom den specialreglerade verksamheten.³⁴ För de obligatoriska verksamheterna gäller större rättsliga möjligheter till kontroll och ingripanden från statens sida jämfört med frivillig verksamhet. Är uppgiften obligatorisk måste verksamheten fullgöras i den omfattningen som lagen kräver. En annan fråga är vilken minimistandard som krävs för att skyldigheten skall anses fullgjord? Detta kan variera beroende på att lagen ifråga gjorts

³² Paulsson, I m fl a a s 105-106

³³ Paulsson, I m fl a a s 22-23

³⁴ Decentraliserad välfärdsstad s 23

flexibel.³⁵ Om lagstiftningen innebär grundläggande rättigheter som den enskilde kan utkräva, kan kommuner och landsting inte åberopa resursbrist för att underlåta eller vägra att fullgöra uppgiften. Detta stöds av RÅ 1988 ref 40 som rörde rätten till särskild omsorg i form av boende i gruppbostad för en psykiskt utvecklingsstörd.

En del obligatorisk verksamhet är att se som myndighetsutövning mot enskild, t ex ärenden om rätt till bistånd eller bygglov. För myndighetsutövningen finns flera särregler i KomL. Fullmäktige får t ex inte ingripa i ärenden som rör myndighetsutövning mot enskild eller som rör tillämpningen av lag, RF 11 kap 7 §.³⁶ Begreppet myndighetsutövning är som ovan framgått vagt och något förtydligande av begreppets innebörd görs inte i KomL. All obligatorisk verksamhet är dock inte myndighetsutövning och ibland är också kommunens eller landstingens skyldigheter så generella att de inte kan utkrävas på rättslig väg av någon enskild, eller så berör de inte direkt någon enskild. För att verksamheten skall vara obligatorisk i den meningen att en kommun eller ett landsting måste sköta den krävs alltså att kommunernas skyldigheter finns reglerade i lag enligt RF 8 kap 5 §.³⁷

3.4.2 Vård och omsorg

I HSL definieras vad som avses med hälso- och sjukvård, bl a hör sjuktransporter dit. Målen för hälso- och sjukvården är en god hälsa och en *vård på lika villkor* för hela befolkningen. Den skall ges med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans värdighet. Krav som ställs är bl a att vården skall vara av god kvalitet och vara lätt tillgänglig. Där det bedrivs hälso- och sjukvård skall det finnas den personal, de lokaler och den utrustning som behövs för att god vård skall kunna ges. Vidare följer av HSL 3 och 18 §§ att det är landstingen respektive kommunerna som har det yttersta ansvaret för hälso- och sjukvården. Vården skall alltså ges på lika villkor för hela befolkningen. Undantag för att frånga likställighetsprincipen ges alltså inte i lagen.

Den s k Ädelreformen innebar i korthet att primärkommunerna gavs ett samlat ansvar för äldre vården, dvs deras tidigare ansvar för hemtjänst och äldreboende utvidgades till att innefatta tidigare landstingsdrivna sjukhem, gruppbostäder och dagverksamheter.

³⁵ Ramlagstiftningsproblematiken kommer att belysas i kapitel 6 som berör rättssäkerheten.

³⁶ Problemet med politiker som på kommunal nivå bedriver "ministerstyre" har kritiserats av Gunnar Wetterberg, samhällspolitisk chef på Saco. Han menar att kommunaltjänstemännens roll vad gäller befogenheter och ansvar är oklar och efterlyser tydligare lagstiftning på området. Se vidare GP 5/12 1999 s 4

³⁷ Paulsson, I m fl a a s 63-65

Samtidigt skapades en ekonomisk incitamentstruktur, där det mest centrala inslaget utgjordes av det kommunala betalningsansvaret för medicinskt färdigbehandlade patienter; om inte kommunerna kunde sörja för medicinskt färdigbehandlade individers behov av boende och vård, skulle de tvingas betala för deras fortsatta vård inom den slutna sjukvården.³⁸ Förutsättningarna för den kommunala sjukvården regleras i HSL 18-25 §§.

Lagstödet för överlämnande av hälso- och sjukvårdsverksamhet till privata rättssubjekt finns i HSL. Av 3 § tredje stycket följer att

Ett landsting får sluta avtal med någon annan om att utföra de uppgifter som landstinget ansvarar för enligt denna lag. En uppgift som innefattar myndighetsutövning får dock inte med stöd av denna bestämmelse överlämnas till ett bolag, en förening, en samfällighet, en stiftelse eller en enskild individ.

Av 18 § femte stycket följer att

En kommun får sluta avtal med någon annan om att utföra de uppgifter som kommunen ansvarar för enligt denna lag. En uppgift som innefattar myndighetsutövning får dock inte med stöd av denna bestämmelse överlämnas till ett bolag, en förening, en samfällighet, en stiftelse eller en enskild individ.

Av bestämmelserna framgår att hälso- och sjukvården fortfarande är landstingets, respektive kommunens ansvar. Det är endast utförandet av uppgifterna som får överlåtas såvida de inte innerbär myndighetsutövning. Både kommuner och landsting har alltså lagstöd för att överlåta åt annan att utföra de obligatoriska uppgifter som åvilar dem enligt HSL. För båda gäller dock att uppgifterna inte innefattar myndighetsutövning. Detta begrepp är, som jag ovan redogjort för, ganska vagt.

Eftersom bedrivandet av hälso- och sjukvård är ett obligatorisk åliggande för kommuner och landsting vilka i sin tur är offentlighetsrättsliga subjekt och därmed ingår i den offentliga förvaltningen utgår jag ifrån den tolkning av begreppet myndighetsutövning som gjorts i motiven till 1971 års förvaltningslag. Dvs att det rör sig om beslut eller andra åtgärder, som ytterst är ett uttryck för samhällets maktbefogenheter gentemot medborgarna. Karakteristiskt är, att medborgarna står i ett slags beroendeförhållande till det allmänna. Vid myndighetsutövning meddelar myndigheterna ett beslut med stöd av en viss författningsföreskrift, som får bestämda positiva eller negativa effekter för den enskilde. I

³⁸ Borell, K och Johansson, R, NAT 3/1998 s 252-253

motsats till denna typ av beslut står de beslut som enbart går ut på produktion eller service. De verksamhetsområden, som ej är att hänföra till området myndighetsutövning, är främst affärsverksamhet och egendomsförvaltning.

Frågan är då om ett beslut om tillgång till behandling för en vårdsökande kan anses vara myndighetsutövning? I så fall är ett överlämnade av sådan uppgift ej tillåten. Enligt Lotta Westerhäll är ett beslut om tillgång till behandling myndighetsutövning.³⁹ Fattas sådana beslut inom den hälso- och sjukvård som idag bedrivs av privata rättssubjekt? Om man använder sig av ovan angivna definition av begreppet myndighetsutövning så anser även jag att man som hjälpsökande eller som patient måste anses stå i ett beroendeförhållande till det allmänna eftersom landstinget respektive kommunen genom avtalet med det enskilda rättssubjektet reellt gett detta befogenheter att fatta beslut eller andra åtgärder som får konsekvenser för den enskilde. Landstinget respektive kommunen är dock fortfarande ansvarig för verksamheten.

3.4.3 Socialtjänst

I SoL finns bestämmelser om kommunernas ansvar för socialtjänsten. Samhällets socialtjänst skall på demokratins och solidaritetens grund främja människornas ekonomiska och sociala trygghet, jämlikhet i levnadsvillkor och aktiva deltagande i samhällslivet. Den skall vidare bygga på att frigöra och utveckla enskildas och grupper egna resurser och den skall bygga på respekt människornas självbestämmanderätt och integritet. Dessutom skall hänsynen till barnets bästa alltid krävas vid åtgärder som berör dem. Dessa mål framgår av 1 § SoL. Kommunen ansvarar för socialtjänsten och har det yttersta ansvaret för att de som vistas i kommunen får den stöd och den hjälp de behöver enligt 2 och 3 §§. Kommunens uppgifter fullgörs av den eller de nämnder som kommunfullmäktige bestämmer enligt 4 § 1 st.

Lagstödet för överlämnade av verksamheter inom socialtjänsten till privata rättssubjekt finns i SoL 4 § tredje och fjärde stycket

Kommunen får sluta avtal med någon annan om att utföra kommunens uppgifter inom socialtjänsten. Genom ett sådant avtal får en kommun tillhandahålla tjänster åt annan kommun. Uppgifter som innefattar

³⁹ Westerhäll, L, NAT 4/1991 s 380

myndighetsutövning får dock inte med stöd av denna bestämmelse överlämnas till ett bolag, en förening, en samfällighet, en stiftelse eller en enskild individ.

I SoL ges alltså ett rättsligt stöd för överlämnade av kommunal förvaltning vad gäller socialtjänsten. Dock ej i de fall uppgiften innefattar myndighetsutövning. Som jag berört tidigare är detta begrepp vagt. Vad som gör saken än svårare är att socialtjänsten har ett omfattande verksamhet av de mest skiftande slag. Att fatta beslut om försörjningsbidrag och bistånd kan inte överlåtas eftersom detta är myndighetsutövning även om man tolkar begreppet snävt. Vårdbedömningar måste bedömas av kommunens personal eftersom det är ett led i myndighetsutövningen och lagstöd saknas. Även här är det inte helt självklart att utförandet av vården inte innefattar myndighetsutövning likt hälso- och sjukvården. Helt klart är att tvångsvård innefattar myndighetsutövning. Där finns dock lagstöd.

Vad gäller kommunernas ansvar för hälso- och sjukvård hänvisas i HSL 18 § till SoL 20 § andra stycket och 21 § tredje stycket samt 69 § första stycket 2. Dessa lyder;

20 § andra stycket Kommunen skall inrätta särskilda boendeformer för service och omvårdnad för äldre människor med behov av särskilt stöd.

21 § Socialnämnden skall verka för att människor som av fysiska, psykiska eller andra skäl möter betydande svårigheter i sin livsföring får delta i samhällets gemenskap och att leva som andra...

tredje stycket Kommunen skall inrätta bostäder med särskild service för dem som till följd av sådana svårigheter som avses i första stycket behöver sådant boende.

69 § Ett bolag, en förening, en samfällighet, en stiftelse eller en enskild individ får inte utan tillstånd av länsstyrelsen yrkesmässigt bedriva verksamhet i form av

2. särskilda boendeformer motsvarande sådana som avses i 20 § andra stycket eller 21 § tredje stycket.

Kommunerna ansvarar alltså både för hälso- och sjukvården av de människor som bor i de särskilda bostäder med särskild service som de är skyldiga att inrätta för att äldre, funktionshindrade, fysiskt- och psykiskt sjuka samt människor som av andra skäl möter betydande svårigheter i sin livsföring och för att sådana bostäder verkligen inrättas. Till skillnad från den allmänt hållna HSL kan beslut om s k annat bistånd enligt 6 f § SoL⁴⁰ överklagas hos allmän förvaltningsdomstol enligt 73 § SoL. Detta är alltså exempel på en

⁴⁰ Med *annat bistånd* avses hjälp i hemmet samt särskilt boende för service och omvårdnad för äldre eller bostad med särskild service för funktionshindrade.

sådan bestämmelse där en kommun inte kan åberopa resursbrist för att inte uppfylla det obligatoriska åliggandet. Vad gäller hälso- och sjukvården är det däremot troligt att kommunerna kan göra detta eftersom den individuella rättigheten inte kan utkrävas genom åberopande av lag.⁴¹

3.4.4 Skola

Av RF 1 kap 21 § följer att alla barn som omfattas av den allmänna skolplikten har rätt att kostnadsfritt erhålla grundläggande utbildning i allmän skola samt att det allmänna skall svara för att även högre utbildning finns. I SkoL ges bestämmelser för det svenska skolväsendet mer i detalj. Det offentliga skolväsendet för barn och ungdom består av förskoleklassen, grundskolan, gymnasieskolan, sarskolan, specialskolan och sameskolan (1 § andra stycket). Alla barn och ungdomar skall, oberoende av kön, geografisk hemvist samt sociala och ekonomiska förhållanden, ha *lika* tillgång till utbildning i det offentliga skolväsendet för barn och ungdom. Utbildningen skall inom varje skolform vara *likvärdig*, varhelst den anordnas i landet (2 § första stycket). Vidare skall verksamheten i skolan utformas i överensstämmelse med grundläggande demokratiska värderingar.

Kommunerna är huvudmän för förskoleklassen och grundskolan och kommuner och landsting är huvudmän för gymnasieskolan (4 §). Vid sidan av de skolformer som anordnas av det allmänna kan det finnas skolor som anordnas av enskilda fysiska eller juridiska personer, s k fristående skolor (3 §). För det offentliga skolväsendet finns statliga skolmyndigheter (13 §) och skolväsendets överklagandenämnd har till uppgift att pröva vissa beslut på skolväsendets område (14 §). I 4 kap ges bestämmelser rörande grundskolan och i 4 § sägs återigen att utbildningen i grundskolan skall vara avgiftsfri för eleverna. De skall utan kostnad ha tillgång till böcker, skrivmateriel, verktyg och andra hjälpmedel som behövs för en tidsenlig utbildning. I verksamheten får dock förekomma enstaka inslag som kan föranleda en obetydlig kostnad för eleverna.⁴² Av 5 § följer att kommunen skall erbjuda en kostnadsfri skolmåltid. Det är barnets hemkommun som skall sörja för att utbildning kommer till stånd (6 §).

⁴¹ Se vidare kapitel 6 om rättssäkerhet

⁴² Det kan t ex röra sig om kostnader för obligatoriska studiebesök men inte kostnader för lägerskolor. Se Karnov s 3884

Det finns inget rättsligt stöd i SkoL för kommunerna att avtala med privata rättssubjekt att utföra kommunens uppgifter inom skolan.⁴³ I SkoL 9 kap anges dock bestämmelser för de fristående skolorna. Skolplikten kan fullgöras i en fristående skola om den är godkänd av Statens skolverk. En godkänd fristående skola som motsvarar grundskolan skall dessutom av Statens skolverk förklaras berättigad till bidrag. Sådant bidrag skall lämnas av hemkommunen och bestämmas med hänsyn till skolans åtagande och elevens behov efter samma grunder som kommuner tillämpar vid fördelning av resurser till de egna grundskolorna (6 §).

Utbildningen vid fristående skolor som erhåller bidrag skall vara avgiftsfri för de elever som bidragen avser likt de allmänna skolorna (7 §). Fristående skolor skall i fråga om sin utbildning för skolpliktiga elever stå under tillsyn av Statens skolverk och vara skyldiga att delta i den uppföljning och utvärdering av skolväsendet som genomförs av Skolverket. I fråga om fristående skolor som får bidrag skall den kommun där skolan är belägen ha rätt till insyn i verksamheten. Sådana skolor är skyldiga att i den utsträckning som kommunen bestämmer delta i den uppföljning och utvärdering som kommunen gör av sitt eget skolväsende. Fristående skolor är vidare skyldiga att delta i riksomfattande prov i den utsträckning som föreskrivs av regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer. Skolorna är också skyldiga att informera eleverna och deras vårdnadshavare om elevens resultat vid sådana prov (11 §). Ett godkännande kan återkallas om en fristående skola inte längre uppfyller kraven för godkännande och bristerna inte avhjälpas efter påpekande av huvudmannen. Ett sådant beslut kan överklagas hos allmän förvaltningsdomstol. Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten (17 §).

Utfärdandet av betyg måste anses vara en klar form av myndighetsutövning och det krävs därmed uttryckligt lagstöd enligt RF 11 kap 6 § 3 st för att enskilda skall få utfärda betyg. Av 15 kap 8 § följer emellertid att regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer får medge enskilda att anordna prövning och utfärda betyg enligt de bestämmelser som gäller för det offentliga skolväsendet.

⁴³ I lag (1993:802) om entreprenadförhållanden inom skolan anges under vilka förutsättningar kommuner och landsting får anlita enskild för att bedriva undervisning. Lagen berör i huvudsak gymnasieskolan och dess estetiska, ekonomiska och tekniska ämnen samt yrkesämnena.

Har en kommun grovt eller under längre tid åsidosatt sina skyldigheter enligt SkoLL eller föreskrifter som meddelats med stöd av lagen, får regeringen meddela de föreskrifter för kommunen eller, på kommunens bekostnad, vidta de åtgärder som behövs för att avhjälpa bristen (15 § första stycket).

Av ovan framgår att det inte finns något stöd för att genom avtal överlämna grundskoleverksamhet till enskilda rättssubjekt. Det är dock möjligt för enskilda juridiska och fysiska subjekt att starta fristående skolor under förutsättning att de blir godkända av Statens skolverk. De har då rätt till bidrag från kommunen för sin verksamhet men står samtidigt under statens och kommunens tillsyn.

3.5 Sammanfattning

Jag har i kapitlet redogjort för tre viktiga principer för det kommunala självstyret; likställighetsprincipen, självkostnadsprincipen och förbudet för kommuner att bedriva spekulativ verksamhet. Vidare har jag belyst skillnaden mellan kommunernas obligatoriska och fakultativa uppgifter. Jag har som om exempel på obligatorisk verksamhet tagit upp vård och omsorg, socialtjänst och grundskola. Jag har även redogjort för de rättsliga förutsättningarna för att låta dessa utföras av privata rättssubjekt. Vad gäller vård och omsorg samt socialtjänst är det möjligt så länge det inte är frågan om myndighetsutövning. Detta begrepp är dock vagt. Helt klart är dock att kommuner inte anser att det rör sig om myndighetsutövning eftersom det t ex blivit allt vanligare med att låta privata vårdföretag sköta verksamheten med vården av äldre. Även inom socialtjänsten är det vanligt att privata vårdgivare sköter t ex vården av missbrukare. Idag är det inte möjligt för kommuner att låta privata rättssubjekt bedriva *kommunala* grundskolor. Undervisning på denna nivå har enligt min mening typiska drag av myndighetsutövning över sig. Inte minst av det skälet att alla barn mellan sju och sexton år som huvudregel omfattas av en skolplikt.⁴⁴ Däremot är det möjligt för privata rättssubjekt som blivit godkända av Skolverket att bedriva undervisning och utfärda betyg.

⁴⁴ Se SkoLL 3 kap 7 och 10 §§

4 Demokratin och den fria åsiktsbildningen

4.1 Inledning

Av RF 1 kap 1 § följer att all offentlig makt i Sverige skall utgå från folket. Det är folkets vilja som skall förverkligas i de beslut som fattas i samhällets gemensamma angelägenheter. Folkviljan måste dock skapas under vissa bestämda villkor för att vi skall kunna tala om en demokratisk beslutsprocess. Medborgarnas åsikter och preferenser måste bildas fritt och självständigt och medborgarna måste också ha rätt att fritt uttrycka dessa åsikter. De är folkets fria vilja som skall styra politiken. Detta är demokratin två grundläggande värden - folkviljans förverkligande och den fria åsiktsbildningen. De är med andra ord intimt förbundna med varandra. Det räcker inte med att bara det ena av de två värdena uppfylls för att den politiska beslutsprocessen i ett samhälle skall kunna karaktäriseras som demokratiskt. Folkviljan kan förverkligas av en diktator utan fri åsiktsbildning, och fri åsiktsbildning kan äga rum i ett samhälle utan att den förverkligas i de politiska beslut som fattas.⁴⁵

Jag kommer i kapitlet beröra det vaga begreppet demokrati samt belysa en del problem som är förenade med demokratin idag. Jag kommer också att redogöra för varför jag anser att offentlighet är en förutsättning för att demokratin skall fungera i praktiken. Jag kommer att ta upp två exempel ur verkligheten som berör frågorna om demokrati, offentlighet och rättssäkerhet. Det ena rör tillkomsten av en bestämmelse i SoL, den s k Lex Sarah, och det andra AD 1997:57, ambulansförarmålet.

4.2 Vad är demokrati?

4.2.1 Allmänt

I *Liten bok för underklassen*⁴⁶ beskrivs ordet demokrati på delvis följande sätt:

Betyder ordagrant folkvälde efter grekiskans demos (folk) och krati (välde). Självklart är ordet ett av de mest använda och över hela den politiska skalan vill alla sola sig i dess ljus. Ordets kärna är att när det finns olika uppfattningar i en fråga - stor som liten - så ska den uppfattning som i fri debatt vinner flest röster vinna. Det är en enkel procedurregel som inte säger något om innehållet i besluten. Men denna demokratiska idé, som utgår från att vid valurnan är städerskans röst lika mycket värd som Peter Wallenbergs, har alltid skrämt vettet ur borgerligheten. Två fattiga kan vinna över en rik.

⁴⁵ Asp, K, a s 11-12

⁴⁶ Altstadt, A-C, Greider, G, Ordfront förlag 1999

Den besuttna delen av borgerligheten har ofta känt oro för att väljarna, i D:s namn, ska beskatta dem och ta ifrån dem deras tillgångar. Det är knappast någon slump att Skattebetalarnas förening bildades direkt efter den allmänna rösträttens införande i Sverige. Än idag finns skräcken kvar. Två inte ovanliga citat från DN:s ledarsida: 'Riksdagsmajoriteten uppträder som om den fritt förfogar över minoritetens egendom och inkomster', 'demokratibegreppet har legitimerat de 51 procentens övergrepp mot de 49'.

Författarna till denna lite satiriska bok har inspirerats av August Strindbergs skrift *Liten katekes för underklassen* som på sin tid skrevs för att beskriva de språkliga dimridåer som den härskande klassen på sin tid veckade ut för att hindra folk från att förstå vad som ägde rum i samhället. De menar att språkdimman i dagens informationssamhälle ligger ännu tätare och har därför gjort boken nödvändig. Även jag anser så vara fallet. Det pågår idag en intensiv debatt kring demokratin. I denna har jag ofta märkt att man använder begreppet demokrati när man avser andra saker, t ex inflytande.

4.2.2 Demokrati eller brukarinflytande

Med tanke på den språkdimma som råder anser jag att det är viktigt att göra en distinktion mellan begreppet brukarinflytande och demokrati. Idag används dessa begrepp ibland synonymt.⁴⁷ Detta är vilseledande. Eftersom demokratin utgår ifrån allmän och lika rösträtt medan brukarinflytande inte har någon bestämd bas blir varje lösning när det gäller brukarinflytande godtycklig. Brukarinflytandet utgår till skillnad från demokratin ifrån en enhetlig uppfattning. Om oenighet uppstår kan eventuellt en lösning förhandlas fram. I sista hand kan ett veto framläggas. Problem uppstår när man försöker tillämpa folkstyrets teknik på områden där det inte finns 'ett folk'.⁴⁸

Inom vård, omsorg och skola finns en tendens att betrakta enskilda som kommer i kontakt med dessa verksamheter som "ett folk" inom respektive område. Trots att det som förenar dem är att de behöver tillgång till den bedrivna verksamheten. Problem uppstår här eftersom det lätt kan bli den starkes vilja som blir den allmänna viljan. Detta grundar sig inte på någon demokratisk beslutsprocess. Det föreligger en risk att den som skriker högst får mest på andras bekostnad. Detta sätter både likställighetsprincipen och rätten till likvärdig sjukvård och skola ur spel. En nöjd brukare i en klass, skola, stadsdel eller stad behöver inte innebära att dessa principer, som fastställts i lag av en demokratiskt vald riksdag, är uppfyllda. Här finns klara risker för att svaga grupper inom både vård, omsorg

⁴⁷ Se t ex SOU 1993:90 Lokal demokrati i utveckling s 304-314 särskilt s 314

⁴⁸ Decentraliserad välfärdsstad s 56

och skola kommer i kläm. Brukarinflytande handlar alltså inte om demokrati utan om individuell påverkan av en verksamhet, vilket i och för sig inte behöver vara fel, men det kan gå helt på tvärs mot demokratitanken när den som talar högst eller som har bäst personliga kontakter vinner. Dvs det finns uppenbara risker för rättssäkerheten för den enskilde eftersom både likställighets- och objektivitetsprincipen riskerar att sättas ur spel.⁴⁹

Ytterligare risker förenade med att jämställa demokrati med brukarinflytande är att medborgarna bara engagerar sig i de verksamheter de för tillfället nyttjar. Allt fler väljer idag att enbart engagera sig i enstaka händelser eller aktiviteter som direkt berör dem själva. Om en förutsättning för att vara med och påverka kräver att du blir en brukare utesluts många andra från att påverka verksamheten och detta i sin tur kan få som följd att det solidariska engagemanget går förlorat.

4.2.3 Majoritetsdemokrati eller samarbetsdemokrati

I boken *Bråka inte - Om vår tids demokratisyn*⁵⁰ kritiserar Leif Lewin den förändrade demokratisyn som håller på att växa fram i vår tid. När hotet från kommunismen inte längre finns kvar sker en smygande förändring av de politiska spelreglerna. Resultatpolitiken blir viktigare än de demokratiska formfrågorna. Kritiken idag ger uttryck för en auktoritär attityd som utmärks av viss pluralism, betydande apati samt en slags underförstådd mentalitet att "inte bråka".

Sverige har en proportionell valmetod vilket främjar mångpartisystem vilket i sin tur skapar samarbetsdemokrati. Samarbetsdemokratin har förstärkts under 1990-talet och medfört en förändring i synen på folkstyret. Resultatpolitiken har blivit det viktiga. Demokrati likställs med inflytande. Politiken bör skötas av dem som kan någonting, av de kompetenta. Bo Södersten har t ex uttalat att det är bättre att politiken förs över från den offentliga sfären till det slutna rummet för att hanteras av en grupp kompetenta medborgare.⁵¹ Det är viktigt att påpeka att det är en skillnad mellan politik och förvaltning vilket Södersten uppenbarligen inte uppmärksammat.

⁴⁹ Jag kommer att beröra rättssäkerheten nedan i kapitel 6

⁵⁰ Lewin, L, SNS förlag 1998

⁵¹ DN 14/12 1997, s 4

Med majoritetsdemokrati avses en styrelseform där majoriteten bildar regering och oppositionen opponerar, varvid folket i allmänna val kan se till att regering och opposition byter plats. Enligt samarbetsdemokratin däremot är alla med och ingen ställs utanför. Lewin menar att det finns många goda skäl både för och emot såväl majoritetsdemokrati som samarbetsdemokrati men tar ändå till slut ett bestämt avstånd från den nya demokratisynen, dvs samarbetsdemokratin, som vuxit fram på nytt.⁵²

En konsekvens av att uppställa samförståndet som ideal är att politiken faktiskt inte är värdenneutral. Den moderna staten är inriktad på att förändra spridningen av välfärd, rättigheter och resurser i samhället. Vill man hindra detta får man ta avstånd från välfärdens idé. Samarbetsdemokratin har djupt konservativa rötter. Dess utopi är den opolitiska politiken, förändringar förutsätts ske inom den givna ramen, samförståndslösning är idealet. Majoritetsdemokratin uppstod som en mobilisering mot denna idyll. Majoritetsdemokratin kännemärke - den politiska striden - är inte bara en form av ansvarsutkrävande. Den ger också möjlighet att genomföra omfördelningar i samhället.⁵³

Problem som enligt Lewin är förenade med samarbetsdemokrati är bl a:

- Hur länge gäller en överenskommelse mellan partierna? Håller de oberoende av valutgång går väljarnas inflytande förlorat! Håller de inte, bortfaller huvudargumentet.
- Att väljarna av samarbetsdemokraterna uppfattas som ett hot. Om de är okunniga och egoistiska anses de visa sin politiska inkompetens. Är de aktiva och välinformerade inger deras självständiga och kritiska hållning oro.
- Överenskommelser över huvudet på vanligt folk skapar misstroende, t o m förakt, mot politikerna.⁵⁴

Lewin uttalar att samarbetsdemokrater tror att de bäst befrämjar samarbete genom det slutna rummet, istället för genom öppen diskussion. Om frågor förs ut till vanligt folk blir det bara bråk. Detta blir för Lewin det avgörande skälet för att avvisa den nygamla samarbetsdemokratin. Det slutna rummet är en odemokratisk arena. Samförståndslösningar

⁵² Lewin, L a a s 7-8

⁵³ Lewin, L a a s 94-95

⁵⁴ Lewin, L a a s 116

sker ofta på någons bekostnad. Machiavelli menade att fred är ett tillstånd av förtryck. Varken nytta eller inflytande utgör ett demokratiskt grundvärde. Ett demokratiskt grundvärde är däremot att den politiska jämlikheten med full kraft slår igenom i besluten.⁵⁵

Jag instämmer i Lewins ställningstagande eftersom jag anser att demokratin inte blir annat än ett formellt begrepp utan innehåll om inte alla medborgare har möjlighet att bilda sig en egen uppfattning och delta i diskussionen om politikens innehåll. En demokrati kan på sikt inte överleva om det inte förs en öppen debatt. Brist på offentlighet och öppen debatt är också brist på demokrati. Där makt utövas bör alltid ansvar kunna utkrävas. Öppen debatt är dessutom bra för att beslutsfattarna skall kunna fatta bra och välgrundade beslut.

4.3 Varför offentlighet?

4.3.1 Allmänt

Offentlighet är en förutsättning för att demokratin skall fungera. För att främja ett fritt meningsutbyte och en allsidig upplysning samt garantera rättssäkerheten i förvaltningen och av folkstyret krävs offentlighet. Om medborgarna har insyn i de verksamheter som bedrivs har de också en möjlighet att delta i den fria åsiktsbildningen kring dessa på ett mera sakligt sätt. Deltagandet är viktigt även för de som befinner sig inom verksamheterna ifråga, t ex i form av anställda, eftersom de direkt berörs av verksamheten och troligtvis sitter inne med viktiga fakta, vilka kan vara av stor betydelse för den allsidiga upplysningen.

Offentlighet är också en viktig förutsättning för att kunna utkräva ansvar av makthavarna. Som yttersta maktmedel mot de valda har väljarna i en demokrati alltid en möjlighet att rösta bort dem. Om förnyat förtroende ges kan det betraktas som en acceptans i efterhand av väsentliga beslut. Men den moderna demokratin är mycket mer. Genom den ständigt pågående offentliga debatten, genom mediernas nyhetsrapportering, opinionsmätningar osv skapas en möjlighet till anpassning mellan väljare och valda. Valen är snarare kontrollstationer i en bredare demokratisk process.⁵⁶ Det är också här som meddelarfriheten får stor betydelse. För att delta i den offentliga debatten mellan

⁵⁵ Lewin, L a s 124

⁵⁶ Decentraliserad välfärdsstad s 50

valperioderna krävs att människan kan yttra sig fritt. Detta är idag ingen självklarhet för anställda i den privata sektorn.⁵⁷

4.3.2 Lex Sara

Hösten 1997 uppmärksammades i media brister inom äldreomsorgen. Undersköterskan Sarah Wagnert vågade ställa upp och berätta om missförhållandena på det privata vårdhemmet Polhemsgården där hon jobbat. Hennes handlande fick oanade konsekvenser. Hon blev utsedd till årets svensk 1997 och fick även motta ett stipendium ur dr Nils Bejrots minnesfond för att hon visat mod och medkänsla. Viktigast var dock att hennes handlande ledde till en ändring i SoL som ålägger de anställda att påtala missförhållanden i vissa fall.⁵⁸ Den som uppmärksammar eller på annat sätt får kännedom om allvarliga missförhållanden i omsorgen om någon enskild skall vara skyldig att utan dröjsmål anmäla detta till socialnämnden eller den som annars är ansvarig för verksamheten. Om missförhållandet inte kan åtgärdas omedelbart, skall den verksamhetsansvarige anmäla missförhållandena till tillsynsmyndigheten.

I propositionen uttalas det att brister inom äldreomsorgen har många orsaker och måste angripas på olika sätt. Kvalitetssäkring och effektiv tillsyn kan förebygga missförhållanden men inte granska varje enskilt ärende. Brister i omsorgerna om äldre och funktionshindrade kan bättre följas upp och förebyggas med en lagstadgad skyldighet att anmäla sådana brister och därmed kan den enskildes intressen bättre tillvaratas. Vidare sägs att det är obestridligt att vissa äldre till följd av fysiska och psykiska funktionsnedsättningar eller rädsla för att stöta sig med personalen eller annan inom socialtjänsten, kan ha mycket svårt att framföra konkreta klagomål på vården och få gehör för sina synpunkter, även om dessa är klart befogade. Det är främst för dessa det bör finnas en särskild skyldighet för de i vården verksamma att bevaka att den enskilde får tillfredsställande omvårdnad och lever under trygga förhållanden. När det gäller hälso- och sjukvård åvilar det redan såväl personal som vårdgivare en anmälningsskyldighet om patient i samband med undersökning, vård eller behandling drabbas eller utsatts för risk att drabbas av allvarlig skada eller sjukdom.⁵⁹ Vad gäller nu föreslagna bestämmelse tar den

⁵⁷ Jag kommer att belysa denna fråga utförligt i kapitel 5

⁵⁸ SoL 71a §

⁵⁹ YVHSL 2 kap 7 § och 6 kap 4 § "Lex Maria". Benämningen tillkom efter ett olycksfall på Maria sjukhus 1936. Jfr även HSL 24 §.

sikte på de fall där den enskilde själv inte förmår eller vågar göra en anmälan. Alltså föreligger ingen generell anmälningsskyldighet.⁶⁰

Lagrådet pekar på att det bör förtydligas att möjligheten att göra en anmälan till tillsynsmyndigheten alltid står öppen. Både regeringen och lagrådet gör sedan den bedömningen att det inte föreligger något lagligt hinder för enskild att göra anmälan till tillsynsmyndigheten om missförhållanden i verksamheten. Sekretess och den lagstadgade tystnadsplikt rörande enskilds personliga förhållanden kan inte anses utgöra hinder för anmälan om missförhållanden.⁶¹ De berör överhuvudtaget inte den avtalade tystnadsplikt, eller den som anses följa av lojalitetsplikten, som föreligger mellan arbetstagaren och arbetsgivaren. Denna har företrädare framför yttrandefriheten och meddelarfriheten vad gäller arbetstagare som är anställda av privata rättssubjekt.⁶²

Av ovan framgår att en privat anställd riskerar att bli utsatt för repressalier eller uppsagd om hon gör en anmälan om missförhållanden på sin arbetsplats. Arbetstagaren har visserligen en kritikrätt men den grundar sig inte på någon grundlagskyddad rättighet utan på praxis från AD. Kritikrätten är obestämd och om AD skulle finna att arbetsgivaren gjort en felaktig uppsägning har arbetsgivaren alltid möjlighet att trotsa domen vilket leder till att anställningsförhållandet anses upplöst. Arbetstagaren kan erhålla ett skadestånd, vilket grundar sig på anställningsförhållandets längd, som plåster på sårerna. Vidare bör också uppmärksammas att visstidsanställningar och vikariat gör det möjligt för arbetsgivare att inte ge den anställda förnyat kontrakt när det gamla löper ut. Även den ökade förekomsten av individuella löner leder troligen till att många arbetstagare drar sig för att öppet framföra kritik mot arbetsgivaren.

I propositionen påpekas att anmälningsskyldigheten inte har förenats med någon sanktionsbestämmelse för den som inte fullgör sin anmälningsplikt. Anledningen till detta är att syftet med bestämmelsen i första hand är att komma till rätta med missförhållanden och att en anmälningsskyldighet skall vara ett stöd för personal och andra verksamma att göra anmälan utan rädsla för repressalier.⁶³ Syftet är enligt min mening visserligen lovvärt men när den anställdes anställningstrygghet inte samtidigt skyddas riskerar bestämmelsen

⁶⁰ prop 1997/98:113 s 87-88

⁶¹ prop 1997/98:113 s 89

⁶² Se vidare kapitel 5 där jag mer ingående redogör för offentlighetsprincipen

att bli tomma ord vad gäller den verksamhet som bedrivs av privata rättssubjekt. Nu hade Sarah Wägnert redan lämnat sin anställning och därmed omfattades hon inte av någon avtalad tystnadsplikt. Exemplet visar dock på att hennes handlande gav ett viktigt bidrag till den offentliga debatten vad gällde granskningen av förhållandena inom äldreomsorgen. Det är också viktigt att påpeka att den nya bestämmelsen inte innebär att de anställda inom privat sjukvård och omsorg omfattas av offentlighetsprincipen. De har endast ålagts en skyldighet att i vissa fall göra en anmälan om allvarliga missförhållanden i omsorgen i de fall den enskilde vårdtagaren inte själv kan tillvarata sina intressen. Någon generell anmälningsskyldighet för brister i arbetsgivarens verksamhet eller organisation föreligger alltså inte.

4.3.3 Samariten Ambulans AB

I AD 1997:57 prövades frågan om det förelegat saklig grund för uppsägning av tre ambulanssjukvårdare som enligt bolaget förfarit illojalt genom att göra en anmälan till en tillsynsmyndighet och genom att uttala sig kritiskt om arbetsgivaren till tidningar och i TV. S, D och P var utbildade ambulanssjukvårdare och anställda av Stockholms läns landsting fram till 1993. De hade därefter haft flera olika arbetsgivare sedan det blev möjligt för landstinget att anlita entreprenörer till ambulansverksamheten. Den 1 september 1994 tog Samariten Ambulans AB över ambulansverksamheten där S, D och P arbetade.

De tre sjukvårdarna kritiserade bolagets vagnpark, kommunikationsutrustning, medicinska utrustning och personalens möjligheter att få kontakt med någon ansvarig inom bolaget. De framförde sin kritik till den Centrala avdelningen för Ambulanssjukvård och Katastrofmedicinsk planering (CAK), som landstinget inrättat bl a för att kontrollera entreprenörerna, och till massmedia. Företaget ansåg kritiken var ogrundad och att företaget skadats. De ansåg att S, D och P hade varit illojala och överskridit sin kritikrätt. Företaget sade därför upp dem den 4 april 1995.

CAK reagerade på kritiken genom att införa en punkt om meddelar- och yttrandefrihet i det upphandlingsunderlag som skickades ut två månader senare, den 12 juni. 'Landstinget vill försäkra sig om att entreprenörens anställda får meddelar- och yttrandefrihet i förhållande till entreprenören avseende arbetsförhållandena i den verksamhet som utförs åt landstinget.

⁶³ prop 1997/98:113 s 89

Det är betydelsefullt för upprätthållande av verksamhetens anseende och kvalitet.' Skrivningen i det nya avtalet undertecknades den 22 nov 1995.

Fackförbundet Kommunal stämde bolaget inför AD. Förbundet ansåg att AD skulle utöka meddelarskyddet till att omfatta S, D och P fast de arbetade inom den privata sektorn. När de var anställda av landstinget hade de haft ett sådant skydd. Dessutom finansierades fortfarande verksamheten med skattemedel och behovet av insyn hade inte minskat. Vidare åberopade de artikel 10 i Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna. Enligt den artikeln kan yttrandefriheten endast begränsas genom föreskrifter i lag och i Sverige finns ingen sådan.⁶⁴

AD gjorde dock klart att det inte fanns någon anledning att frångå tidigare praxis och uttalade att det inte är en uppgift för domstol att införa en meddelarrätt liknande den som meddelarskyddskommittén föreslog och som inte ledde till lagstiftning.⁶⁵ Emellertid skulle hänsyn tas till det faktum att det var fråga om en skattefinansierad privat verksamhet av väsentlig betydelse för allmänheten. AD gav förbundet rätt i att bolaget saknat saklig grund för uppsägningarna men bestämde S skadestånd till hälften av de andras eftersom hon varit mest aktiv i kontakterna med pressen.

Carl Gustaf Spangenberg forskar om yttrandefrihet vid Uppsala universitet. Han menar att riksdagen borde stifta en speciell lag som en gång för alla slår fast att man har samma rätt att yttra sig fritt var man än arbetar eftersom staten enligt Europakonventionen för de mänskliga fri- och rättigheterna måste vidta åtgärder för att skydda medborgarnas friheter. Emellertid försvinner inte problemet med arbetstagare som inte vågar yttra sig bara för att samma regler skulle gälla. Ett ökat antal offentliganställda har t ex klagat hos JO sedan de kränkts av sina arbetsgivare för att de utnyttjat sin grundlagsskyddade yttrandefrihet. Spangenberg anser att arbetsmiljölagen bör kunna användas för att värna yttrandefriheten på jobbet. Det närmaste man kan komma i dagsläget är att avtala om anställdas

⁶⁴ Begränsningen grundar sig istället på en avtalad tystnadsplikt, antingen uttrycklig eller underförstådd genom den skiljaktiga lojalitetsplikt som följer av anställningsavtalet. Se vidare avsnitt 5.4.2

⁶⁵ Se SOU 1990:12 där kommittén föreslog att en meddelarrätt skulle införas i den privata sektorn med undantag för vissa typer av företagshemligheter och för uppgifter om enskildas personliga eller privata ekonomiska förhållanden.

yttrandefrihet utifrån sådana upphandlingsunderlag som Stockholm läns landsting gick ut med efter uppsägningarna av de tre ambulanssjukvårdarna.⁶⁶

4.6 Sammanfattning

Jag har i detta avsnitt berört demokratibegreppet och gjort en distinktion mellan begreppen demokrati och brukarinflytande eftersom de ofta används synonymt. Jag har även visat på risker förenade med den samarbetsdemokrati som utvecklats i Sverige. Denna är - vill jag påstå - vanligare på kommunal nivå än på riksnivå som Lewin beskriver. Jag har även behandlat frågan om varför jag anser att offentlighet är en förutsättning för att demokratin skall fungera. Jag har därefter tagit upp ett exempel där en före detta anställds uttalanden i media fått betydelse för den offentliga debatten och demokratin. I ytterligare ett exempel har jag påvisat hur arbetstagare i privat ambulansverksamhet som uttalat kritik för brister inom verksamheten inte omfattas av offentlighetsprincipen. Bristerna i sig är ett hot mot rättssäkerheten för den enskilde. Att förhållandena inte skulle uppmärksammas av tillsynsmyndigheten utan arbetstagarnas initiativ framgår tydligt bl a av skrivningen i det senare upphandlingsavtalet som slutits med entreprenören. Båda exemplen visar på hur viktigt offentlighet är för demokratin, mänskliga rättigheter och effektiviteten. Hade inte missförhållandena uppmärksammas hade troligen inte krav på förändringar för en bättre fungerande äldreomsorg och ambulansverksamhet ställts på detta tidiga stadium.

5 Offentlighetsprincipen

5.1 Inledning

Offentlighetsprincipen är ett begrepp som består av många beståndsdelar. Ibland används begreppet handlingsoffentlighet och offentlighetsprincipen synonymt. Detta är olyckligt eftersom det leder till att vi talar förbi varandra. Inom EU talas det om handlingsoffentlighet när politikerna vill verka för ökad öppenhet inom EU. Visserligen har revisorn Paul van Buitens öde uppmärksammat att även meddelarfriheten är en viktig del av offentlighetsprincipen. Van Buitenen var internrevisor i EU-kommissionen när han noterade missbruk av pengar och utslag av svågerpolitik. När han inte fick gehör hos sina chefer för kritiken gav han sin kritiska rapport till den gröna partigruppen i EU-parlamentet och till EU:s revisionsrätt i Luxemburg. Två dagar senare var han avstängd från den databas han arbetade med. Sedan halverade arbetsgivaren lönen. Hans framtid är

⁶⁶ Lag & Avtal nr 10 1998 s 15 1998.

fortfarande oviss.⁶⁷ Kommissionsanställda är bundna av tystnadsplikt om faktiska uppgifter för resten av livet.⁶⁸ Med offentlighetsprincipen avser jag

- Yttrandefrihet enligt RF 2 kap 1 §. Denna får begränsas genom lag om de i RF 2 kap 12-13 §§ angivna förutsättningarna föreligger. SekrL och FHL är exempel på sådana lagar där medborgare åläggs tystnadsplikter.
- Handlingsoffentlighet enligt TF 2 kap. Denna får endast begränsas genom handlingssekretess enligt de i TF 2 kap 2 § angivna ändamålen och i princip endast genom lag. Det är SekrL man åsyftar. Om SekrL hänvisar till andra lagar är det dock tillåtet att ta in bestämmelser om hemliga handlingar i dessa lagar.⁶⁹
- Meddelarfrihet, vilket är ett begrepp som inbegriper meddelarskydd, anskaffarfrihet, anonymitetsskydd och förbud mot efterforskning. Dessa regleras i TF 1 kap 1 § tredje och fjärde stycket och 3 kap 1 och 4 §§. Begränsningar av meddelarfriheten anges i TF 7 kap 3 § punkt 1-3. De två första punkterna berör hemliga handlingar medan punkt 3 även berör tystnadsplikter som räknas upp i SekrL 16 kap, s k kvalificerade tystnadsplikter. Detta beror på att TF gör skillnad mellan handling och tystnadsplikt vilket inte är fallet i SekrL (se 1 kap 1 § SekrL).
- Förhandlingsoffentlighet vilket innebär öppna dörrar i domstolar enligt RF 2 kap 11 §, i fullmäktigeförsamlingar enligt RO 2 kap 4 § och KomL 5 kap 38 §. Även förhandlingsoffentligheten kan begränsas under de i RB 5 kap 1 § och FPL 16 § givna förutsättningarna.

Offentlighetsprincipen utgör en av hörnstenarna i vårt demokratiska statsskick. Utgångspunkten är att medborgare och massmedia har en omfattande rätt till insyn i det allmännas verksamhet. Tanken är att öppenhet och insyn ska öka effektiviteten, öka rättssäkerheten och minska risken för korruption och maktmissbruk.

⁶⁷ I dagarna har en anställd vid EU:s revisionsrätt i Luxemburg fått sparken för att ha läckt uppgifter ur den årliga rapporten om hur EU-kommissionen skött sina pengar. Se vidare GP 16/12 1999 s 36.

⁶⁸ Öppenhet Framsteg & bakslag, en bilaga till Journalisten, juni 1999

⁶⁹ Se Karnov s 152

Jag har som utgångspunkt att meddelarfriheten och meddelarskyddet är två delar av offentlighetsprincipen som är viktiga utifrån demokrati- och rättssäkerhetssynpunkt. Eftersom vi idag tillbringar mer och mer tid i det offentliga arbetslivet blir det också viktigt att debattera vad som händer där. Det är också viktigt att vi vågar föra fram saker som är värda att diskutera offentligt utan att riskera vår rätt till arbete.⁷⁰ Detta är inte alltid fallet, speciellt inte inom de områden där det råder konkurrens om arbetstillfällena. Med 1990-talets nedskärningar inom den offentliga sektorn med uppsägningar som följd finns det en rädsla att framföra kritik även bland offentliganställda.⁷¹ Idag när det pågår en överföring av offentlig verksamhet till privata rättssubjekt beskriver ett lagförslag från 1912 argumenten för att ett meddelarskydd behövs även inom den verksamhet som bedrivs av privata rättssubjekt.

Den fortgående självrannsakan, varav samhället är i behov, torde allra minst i ett samhälle av våra begränsade dimensioner och inom ett folk av vår läggning kunna undvara ett effektivt anonymitetsskydd. Hänsyn till den sociala omgivningen: familj, förmän, kamrater, affärsförbindelser osv och fruktan för andligt eller ekonomiskt obehag från dess sida utövar hos oss ett övermäktigt tryck på den enskildes yttrandefrihet. Tydligt innebär ingalunda den demokratiska utveckling, varemot samhället tenderar, någon förändring i sådant hänseende, snarare tvärtom. Falsk 'käranda' och falsk 'solidaritetskänsla' förbliva samhällsskadliga faktorer att räkna med. Anonymitetsskyddet är mot detta tryck säkerhetsventilen, som i många fall ensam möjliggör, att ord sägas, som böra bli uttalade, fakta framdragna, som böra bli framdragna.⁷²

Jag kommer i detta kapitel gå igenom offentlighetsprincipens olika beståndsdelar och frågor förknippade med dem i följande ordning: Yttrandefrihet (5.2), handlingsoffentlighet (5.3), meddelarfrihet (5.4), meddelarskydd (5.5) och sammanfattning (5.6). Jag kommer i varje avsnitt att beröra vilka begränsningar som kan göras i de olika friheterna och vilka de rättsliga konsekvenserna blir av att offentlig verksamhet bedrivs av privata rättssubjekt. Jag kommer också att belysa begreppen lojalitetsplikt och kritikrätt vilka förekommer inom arbetsrätten. Dessa är viktiga för att förstå skillnaden mellan privatanställdas respektive offentliganställdas möjligheter att delta i en den fria åsiktsbildningen.

⁷⁰ Se RF 1 kap 2 § andra stycket som ger uttryck för att det allmänna har en särskild skyldighet att trygga rätten till arbete.

⁷¹ Kommunalarbetaren nr 17 1999 s 8

⁷² Betänkande med förslag till tryckfrihetsförordning, s 63

5.2 Yttrandefrihet

5.2.1 Allmänt

Yttrandefriheten är en förutsättning för en fri debatt. Av RF 2 kap 1 § 1 punkten följer att varje medborgare gentemot *det allmänna* är tillförsäkrad yttrandefrihet, vilket innebär frihet att i tal, skrift eller bild eller på annat sätt meddela upplysningar samt uttrycka tankar, åsikter och känslor. Motsvarande bestämmelser om radio och TV finns i YGL.⁷³ Detta innebär att den som är anställd i allmän tjänst fritt kan uttala sig om sådana förhållanden på sin arbetsplats som han anser bör komma till allmänhetens kännedom. Friheten gäller alltså gentemot det allmänna. Inskränkningar i offentliga funktionärers yttrandefrihet får bara ske författningsvägen och under de förutsättning som anges i RF 2 kap 12-13 §§. Det är således inte möjligt att inom det allmännas verksamhet skapa ytterligare tystnadsplikter genom olika slag av avtal, t ex i anställningsavtal, kollektivavtal, eller i tjänstereglementen.⁷⁴ Avtal om tystnadsplikt mellan offentliganställda och deras arbetsgivare har alltså ingen verkan för tystnadspliktens omfattning.

Begreppet *det allmänna* är vagt. Vanligtvis avses stat och kommun. Petrén och Ragnemalm menar att begreppet omfattas av alla rättstillämpande och förvaltande myndigheter, som vid meddelande av beslut eller vidtagande av faktiska åtgärder inte får inkräkta på de i kapitlet tillförsäkrade rättigheterna. På det kommunala området omfattas begreppet av de folkvalda församlingarna och de kommunala förvaltningsorganen. Även privaträttsliga organ inkluderas i det allmänna, då det handhar offentlig förvaltningsuppgift efter delegation enligt RF 11 kap 6 § 3 st.⁷⁵ Thomas Bull redogör i sin avhandling *Mötes- och demonstrationsfriheten* för problemet med att avgränsa begreppet. Han uttalar bl a att när privaträttsliga organ uppfyller samma funktioner som offentligrättsliga brukar uppfylla finns också skäl att närmare pröva om inte *det allmänna* agerar.⁷⁶ Lena Marcusson konstaterar i sin avhandling att trots att lagstiftaren delvis tillgodosett krav på insyn och kontroll av enskilda organ som anförtroddes offentliga förvaltningsuppgifter kan brister ändå konstateras. Bristerna gäller främst den enskilde medborgarens rättssäkerhet, bl a är den bristande insynen i verksamheten en av de mest påfallande svagheterna i systemet.⁷⁷ AD

⁷³ I fortsättningen kommer jag enbart att behandla TF:s bestämmelser men motsvarade skydd för offentlighetsprincipen för radio, TV och andra media finns i YGL.

⁷⁴ Se t ex SOU 1983:70 s 71 där det uttalas att "i det offentliga anställningsförhållandet finns det inte något utrymme för avtalade tystnadsplikter".

⁷⁵ Petrén/Ragnemalm a a s 41

⁷⁶ Bull, T a s 362

⁷⁷ Marcusson, L a a sid 421

har i Ambulansförarmålet AD 1997:57 kommit fram till att yttrandefriheten inte gäller i förhållandet mellan arbetstagare och deras arbetsgivare i privata bolag.⁷⁸

JO har i flera fall riktat kritik mot offentliga arbetsgivare och ärendena har ökat på 1990-talet.⁷⁹ I ett ärende rörande en syo-konsulent som framfört kritiska synpunkter om skolan i en tidningsintervju skriver JO i sitt yttrande att den som är anställd i allmän tjänst, med stöd av den grundlagsfästa yttrandefriheten, har rätt att fritt uttala sig om förhållandena på sin arbetsplats. Yttrandefriheten kan bara begränsas med stöd av RF. En myndighet får varken formellt eller informellt ingripa mot en tjänsteman för att han använt sig av sina grundlagsskyddade rättigheter. I ett annat fall hade en medicinskt ansvarig sjuksköterska och en hemtjänstchef i en skrivelse till socialnämnden, tjänstemän och massmedia tagit upp frågor om kommunens hemtjänst och användandet av entreprenörer. De var oroliga över förhållandena i hemtjänsten. Arbetsgivaren ville ge sjuksköterskan en skriftlig varning på grund av publiceringen av interna förhållanden. JO konstaterade att ledningen därmed inte respekterade hennes grundlagsenliga rätt att fritt meddela sig med pressen och om kommunen har en sådan inställning kan de anställda bli rädda att använda sin kritikrätt.⁸⁰

5.2.2 Begränsningar av yttrandefriheten

I SekrL finns begränsningar i offentlighetsprincipen. Av 1 kap 1 § följer att den gör en uppdelning mellan tystnadsplikt och förbud att lämna ut allmänna handlingar. Begreppet sekretess omfattas av båda begreppen. Det är tystnadsplikten som är en inskränkning av yttrandefriheten. Enligt 8 § jämföras med myndighet riksdagen, kyrkomötet och kommunal beslutande församling. Vidare att TF 2 kap skall gälla även de organ som anges i bilagan till SekrL.⁸¹ Bestämmelsen rör alltså handlingsoffentligheten vilken jag återkommer till senare. Detta skulle eventuellt kunna medföra att de anställda i de 39 organ som uppräknas i bilagan till SekrL omfattas av RF:s skydd vad gäller de verksamheter hos organen som innebär ett led i myndighetsutövningen. De skulle då kunna anses agera som offentliga funktionärer och därmed skulle inte avtalade tystnadsplikter kunna åberopas av

⁷⁸ AD 1997:57 s 36-37. Kommunalarbetsförbundet hade åberopat artikel 10 i Europakonventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

⁷⁹ Se JO:s årsböckers statistik. 1998/99 föranledde 100 ärenden kritik varav 6 var s k initiativärenden. 1988/89 var motsvarande siffror 42 varav inget var initiativärende. 1994/95 och framåt har JO börjat ta initiativ till denna typ av ärenden och det totala antalet ärenden som föranlett kritik har också ökat markant från detta år (85 varav 5 initiativärenden mot att ha legat runt 50 innan)

⁸⁰ Lag & Avtal nr 6/7 1994 s 35

arbetsgivaren. I förarbetena uttalas att en konsekvens av regleringen innebär, förutom handlingssekretess, en motsvarande tystnadsplikt hos de enskilda organen. I princip bör sekretessen vara detsamma som hos myndigheter med motsvarande verksamhet. Detsamma bör gälla även meddelarfriheten.⁸² Vidare uttalades att någon ändring av det område där meddelarfriheten idag har försteg framför tystnadsplikterna har departementsförslaget i denna del inte ansett ge anledning till. Behovet av nya sekretessregler inskränkte sig till en komplettering av bestämmelserna i 8 kap 7 § för att skydda uppgifter i stödverksamhet. Man förordade dock en viss utvidgning av undantagen från meddelarfriheten i 16 kap 1 § såvitt gällde uppgifter inom den enskilda hälso- och sjukvården.⁸³ Sammantaget stöder detta enligt min mening att meddelarfrihet skulle råda om ej de kvalificerade tystnadsplikterna i SekrL tog över.

Även SekrL 1 kap 9 § hänvisar till TF vad gäller rätten att ta del av handlingar hos myndighet, dvs handlingsoffentligheten. Denna rätt skall i tillämpliga delar gälla också handlingar hos AB, HB, ekonomiska föreningar och stiftelser där kommuner eller landsting utövar ett rättsligt bestämmande inflytande. Sådana bolag, föreningar och stiftelser skall *vid tillämpningen av SekrL* jämföras med myndighet.⁸⁴

Landelius har i en artikel belyst vilka skillnader som kvarstår vad gäller möjligheterna till insyn beroende på om kommunal verksamhet bedrivs inom ramen för den kommunala förvaltningen eller i form av ett kommunalt företag där kommunen har ett rättsligt bestämmande inflytande. Hon menar att anställda i kommunala företag kan vara underkastade tystnadsplikt genom SekrL:s bestämmelser. *Härutöver* kan de vara underkastade andra lagreglerade tystnadsplikter samt tystnadsplikter som följer av den anställdes lojalitetsplikt. Detta får som konsekvens att den anställdes möjligheter att muntligen lämna ut uppgifter till allmänheten skiljer sig väsentligt beroende på om den enskilde är anställd hos ett kommunalt företag eller en kommunal myndighet. Hon menar att det av SekrL:s förarbeten indirekt framgår att lagens bestämmelser om tystnadsplikt skall gälla anställda i kommunal företag.⁸⁵ Även förarbetena till KomL 3 kap 17-18 §§ tyder på att det inte är fråga om att tillämpa det system som utgår från bestämmelserna i TF

⁸¹ F n 39 stycken organ, bl a svensk Bilprovning AB.

⁸² Prop 1986/87:151 s 156

⁸³ Prop 1986/87:151 s 185

⁸⁴ Jag återkommer till denna dessa bestämmelser i avsnittet om handlingsoffentlighet 5.3

⁸⁵ Landelius, A-C a a s 52-54

om allmänna handlingars offentlighet. Det kommunala företaget skall inte anses som myndighet och dess handlingar blir inte allmänna i offentlighetsrättslig mening. Det blir istället fråga om en privaträttslig offentlighet som formellt beslutas av företaget på grundval av vad som bestämts när bolaget bildades.⁸⁶

Eftersom det endast är TF:s andra kapitel om allmänna handlingar som skall tillämpas vad gäller de kommunala företagen samt att det i övrigt är vid tillämpning av sekretesslagen som de kommunala företagen skall jämföras med myndigheter får detta som konsekvens att övriga delar av offentlighetsprincipen inte blir tillämpliga på dessa företag. Detta innebär att anställda i kommunala bolag kan underkastas sekretess⁸⁷ i större utsträckning än andra offentligt anställda eftersom de även omfattas av tystnadsplikt genom anställningsavtalet, antingen explicit eller implicit genom den lojalitetsplikt gentemot arbetsgivaren som följer av anställningsförhållandet. RF:s regler om yttrandefrihet tar inte över eftersom den endast kan åberopas gentemot *det allmänna*.

5.2.3 Sammanfattning och slutsats

Det är inte helt klart vad som avses med begreppet *det allmänna* i RF. Detta gör det svårt att avgöra gentemot vem yttrandefriheten gäller. Helt klart är dock att den inte kan åberopas gentemot privata rättssubjekt oberoende av om de är hel- eller delägda kommunala bolag eller, som i AD 1997:57, de bedriver verksamhet som hör till hälso- och sjukvården, dess personal omfattas av HSL och andra offentlighetsrättsliga föreskrifter, deras verksamhet finansieras med allmänna medel och patientavgifter och landstinget fortfarande är huvudansvarig för verksamheten eftersom det är en obligatorisk uppgift för landstingskommunen enligt speciallag.

JO:s funktion är att utöva tillsyn över hur lagar och andra författningar tillämpas inom offentlig verksamhet. Om privata rättssubjekt utövar myndighetsutövning omfattas denna verksamhet av JO:s tillsyn. Anställda i dessa bolag borde då kunna åberopa sin grundlagsskyddade yttrandefrihet om de utsätts för repressalier från arbetsgivaren. Åtminstone om de uttalar sig om den del av verksamheten som har anknytning till myndighetsutövningen.

⁸⁶ prop 1990/91:117 s 57

⁸⁷ Både tystnadsplikt och förbud mot att lämna ut allmänna handlingar, se SekrL 1 §.

Av RF 11 kap 6 § 3 st följer att överlämnade av förvaltningsuppgift som innefattar myndighetsutövning till bolag, förening, samfällighet, stiftelse eller enskild individ skall ske med stöd av lag. Alltså får svaret på vilka privaträttsliga subjekt som fått lagstadgad rätt att utöva myndighetsutövning sökas i lag. Kommunal hälso- och sjukvårdsverksamhet anses inte vara myndighetsutövning och kommunal äldreomsorg anses inte heller vara myndighetsutövning. Det krävs lagstöd för överlåtelse av sådan verksamhet om den innefattar myndighetsutövning enligt HSL och SoL. Innebär detta att privatanställda som utför verksamhet inom hälso- och sjukvård samt socialtjänst inte kan åberopa sin yttrandefrihet gentemot sin arbetsgivare om de skulle bli utsatta för repressalier av något slag när de uttalat sig i olika frågor? Begreppet myndighetsutövning inte är helt entydigt.⁸⁸ Det kan rent faktiskt röra sig om myndighetsutövning trots att rättsligt stöd saknas.

JO har i ett beslut, rörande frågan om polismyndighet haft stöd av lag för sin åtgärd att överlämna förvaltningsuppgifter som innefattar myndighetsutövning till vaktbolag, konstaterat att

RPS och Polismyndigheten i Stockholms län saknat rättsligt stöd för att till enskilt subjekt överlämna förvaltningsuppgifter som innefattar myndighetsutövning. Eftersom någon myndighetsutövning till följd härav inte har kunnat vara förenad med det uppdrag vaktbolaget och dess anställda erhållit, har den personal från vaktbolaget som skötte bevakningen vid den aktuella händelsen inte stått under min tillsyn. Jag uttalar mig därför inte huruvida någon försummelse kan läggas bevakningspersonalen till last.⁸⁹

Slutsatsen blir att JO:s tillsyn endast sträcker sig till den myndighetsutövning som rent formellt har överlämnats med stöd av lag.⁹⁰ JO tar alltså inte hänsyn till om myndighetsutövning rent faktiskt skett. Rättsläget rörande anställdas yttrandefrihet i de organ som upptas i bilagan till sekretesslagen och hos de anställda i kommunala bolag är dock osäker. De omfattas visserligen av en meddelarfrihet, vilket jag återkommer till i avsnitt 5.4, men denna kan inskränkas genom avtalade tystnadsplikter och vid en konflikt har dessa troligtvis företräde. Lagrådet påpekade bl a att meddelarfriheten otvivelaktigt innebär att en meddelare går fri från straff och skadestånd på grund av sekretessbrott. Beträffande en offentligt anställd person anses därutöver varje åtgärd som medför negativa konsekvenser otillåten, om den grundar sig på meddelandet. Det är något osäkert om

⁸⁸ Se kapitel 2 avsnitt 2.6

⁸⁹ JO 1997/98 s 173

detsamma gäller anställd utanför den offentliga sektorn, t ex i fråga om avsked eller andra arbetsrättsliga påföljder. Regeringen menade dock att teoretiska skillnader kunde finnas, men att kommunerna hade ett ansvar att verka för öppenhet i sina företag och att den framtida rättstillämpningen fick avgöra gränserna för meddelarfriheten.⁹¹

5.3 Handlingsoffentlighet

Av RF 2 kap 1 § andra stycket följer att vad gäller tryckfriheten skall TF tillämpas. Även vad gäller *rätten att ta del* av allmänna handlingar. Tryckfriheten är alltså en speciell del av yttrandefriheten och har reglerats särskilt i TF. Rätten att ta del av allmänna handlingar, som inte omfattas av informationsfriheten, regleras i TF:s 2 kap. Genom hänvisningen i RF 2 kap 1 § andra stycket ges bestämmelserna i TF giltighet framför bestämmelserna i RF.⁹² RF:s yttrandefrihetsbegrepp är dock vidare än TF:s. Något krav på att yttrandet skall vara avsett för en större krets uppställs inte i RF; även yttranden man och man emellan skyddas. Yttrandefriheten sträcker sig alltså långt utöver sådana meddelanden som kan ha inverkan på den fria åsiktsbildningen enligt RF 1 kap 1 § andra stycket.

Av TF 2 kap 1 § följer att för att främja ett fritt meningsutbyte och en allsidig upplysning skall varje svensk medborgare ha rätt att ta del av allmänna handlingar. Även utlänningar har rätt att ta del av allmänna handlingar men deras rätt åtnjuter inte lika starkt skydd eftersom inskränkningar kan göras både genom TF och genom vanlig lag enligt TF 14 kap 5 §. Med allmän handling avses handling som förvaras hos statliga och kommunala myndigheter. Med myndighet jämföras i detta avseende även beslutande politiska församlingar. Med myndighet avses enligt förarbetena till TF organ inom den offentlighetsrättsliga statliga och kommunal organisationen.⁹³ Om en förvaltningsuppgift har överlämnats till ett bolag, förening, samfällighet eller stiftelse faller dessa organ utanför tillämpningsområdet för TF 2 kap.⁹⁴

TF:s 2 kap anger myndigheternas skyldigheter att lämna ut allmänna handlingar. Av 12 § framgår att en allmän handling skall lämnas ut genast eller så snart som möjligt till den som önskar ta del av handlingen under förutsättning att inte sekretess hindrar detta. Av 13

⁹⁰ Däremot kan givetvis myndighetens beslut att överlämna verksamheten granskas eftersom det beslutet fattas av, i detta fall Polismyndigheten. Se också JO dnr 3134-1997 AMS och dnr 2532-1997 A-kassa

⁹¹ Prop 1993/94:48 s 35-37

⁹² Petré/Ragnemalm a a s 43-44 och s 47

⁹³ Se vidare om myndighetsbegreppet i kapitel 2

§ följer att den som önskar ta del av allmän handling också har rätt att mot fastställd avgift få kopia av handlingen. Dessa bestämmelser anger myndigheternas skyldigheter. Bestämmelserna om meddelarfrihet sträcker sig längre. De innebär nämligen att de enskilda tjänstemännen har möjligheter att utan påföljd lämna ut uppgifter som sträcker sig längre än dessa skyldigheter.⁹⁵

På det statliga området infördes 1988 regler om utökad handlingsoffentlighet. Reglerna finns i SekrL 1 kap 8 § och i en separat bilaga till lagen.⁹⁶ Den utökade offentligheten bygger inte på någon klar och enkel generell formel utan lagstiftaren ansåg att man från fall till fall skulle avgöra om ett visst enskilt organ skall tillämpa offentlighetsprincipen eller inte.⁹⁷ Om man avsåg handlingsoffentlighet eller hela offentlighetsprincipen framgår inte.

I förarbetena till 1991 års kommunallag uttalas att allmänheten har ett lika berättigat intresse av insyn i kommunens verksamhet oavsett i vilken form den bedrivs.⁹⁸ Av detta följde dock inte att offentlighetsprincipen skulle tillämpas utan följande: Innan vården av en kommunal angelägenhet överlämnades till aktiebolag där kommunen bestämde ensamt skulle fullmäktige besluta om att allmänheten hade rätt att ta del av allmänna handlingar enligt de grunder som gäller för allmänna handlingars offentlighet i 2 kap TF och SekrL. Vad gällde delägda kommunala bolag skulle samma sak gälla i en omfattning som var rimlig med hänsyn till andelsförhållandena, verksamhetens art och omständigheterna i övrigt. Denna reglering innebar dock inte att företagets handlingar blev att betrakta som allmänna handlingar.⁹⁹ Både lagrådet och KU var kritiska. Lagrådet ansåg att bestämmelsen hade karaktären av ett provisorium och det var angeläget med en översyn av SekrL. KU uttalade bl a att behovet av insyn i kommunal verksamhet var lika stor oberoende av om verksamheten bedrivs i nämndform eller av privaträttsliga subjekt.¹⁰⁰

1995 infördes följande bestämmelse i KomL:

⁹⁴ Fahlbeck, R a a s 42

⁹⁵ Se vidare i avsnitt 5.4

⁹⁶ Se även avsnitt 5.2.2

⁹⁷ Prop 1986/87:151 s 149

⁹⁸ Prop 1990/91:117 s 18

⁹⁹ Prop 1993/94:48 s 17

¹⁰⁰ Landelius, A-C a a s 49

3 kap 16 § Om allmänhetens rätt att ta del av allmänna handlingar hos vissa kommunala företag finns bestämmelser i 1 kap 9 § sekretesslagen.

SekrL 1 kap 9 § lyder

Vad som föreskrivs i tryckfrihetsförordningen *om rätt att ta del av* allmänna handlingar hos myndighet skall i tillämpliga delar också gälla hos aktiebolag, handelsbolag, ekonomiska föreningar och stiftelser där kommuner eller landsting utövar ett rättsligt bestämmande inflytande . Sådana bolag, föreningar och stiftelser skall vid tillämpningen av *denna lag* jämföras med myndighet.

De kommunala företagen skall alltså jämföras med myndigheter vid tillämpningen av SekrL. Om avsikten med att jämföra de kommunala företagen med myndigheter varit att SekrL skall vara exklusivt tillämplig på så sätt att andra former av tystnadsplikt inte skall förekomma framgår inte av förarbetena. Eftersom så inte anses vara fallet i dagsläget förekommer också andra tystnadsplikter i kommunala företag.¹⁰¹

Beträffande delägda företag som inte skall jämföras med myndigheter i sekretesslagens mening skall fullmäktige enligt 3 kap 18 § tredje stycket KomL

Verka för att allmänheten skall ha rätt att ta del av handlingar hos företaget enligt de grunder som gäller för allmänna handlingars offentlighet i 2 kap tryckfrihetsförordningen och sekretesslagen.

Alltså de sistnämnda bolagen är inte rättsligt bundna av vare sig TF eller SekrL. Det enda bindande är att fullmäktige skall *verka* för handlingsoffentlighet. Vad gäller privata rättssubjekt som bedriver verksamhet på uppdrag av kommuner och landsting finns över huvud taget inte reglerat i KomL.

Frågan om medborgerlig insyn i kommunala entreprenader har utretts och resulterat i betänkandet SOU 1996:67. Förslag på ökad insyn i form av handlingsoffentlighet likt den i kommunala företag föreslogs men för närvarande har ingen lagstiftning skett. I dagarna har dock regeringen fattat beslut om att frågan skall utredas vidare. I uppdraget ingår att föreslå åtgärder som kan stärka den medborgerliga insynen i kommunalt delägda företag, kommunala entreprenader och andra alternativa drift- och samverkansformer. I direktivet konstateras att cirka en fjärdedel av den totala kommunala verksamheten idag drivs i form

¹⁰¹ Landelius, A-C a s 52

av kommunala företag och att det den sista december 1997 fanns totalt ca 1600 majoritetsägda kommunala företag där kommuner eller landsting var majoritetsägare eller stiftare. Därtill kom ett stort antal delägda kommunala företag. Vidare uttalas att man utifrån remisskritiken skall överväga en annan lagteknisk lösning än den i SOU 1996:67 föreslagna. Utgångspunkten är att allmänhetens rätt till insyn skall vara huvudregel i verksamhet som kommun ansvarar för och som helt eller delvis finansieras med av offentliga medel. Detsamma skall gälla för bidragsberättigad verksamhet som drivs av fristående skolor, enskild förskoleverksamhet och enskild skolbarnomsorg.¹⁰² Om man menar insyn i form av handlingsoffentlighet eller om man avser hela offentlighetsprincipen framgår ej. I betänkandet avsåg man endast handlingsoffentlighet varför det finns skäl att misstänka att så är fallet även här eftersom man pratar om att hitta en lagteknisk lösning. Framtiden får utvisa vad som verkligen är fallet.

5.4 Meddelarfrihet

5.4.1 Allmänt

Vem som helst har rätt att ge ut tryckta skrifter. Denna frihet är dock underkastade formkrav enligt TF, bl a kan ansvar för innehållet i utgivna skrifter utkrävas när förutsättningarna för detta föreligger enligt TF, s k tryckfrihetsansvar. Detta ansvar brukar kallas ensamansvar eftersom det i princip endast kan drabba en person. Tryckfrihetsansvarets uppbyggnad är en förutsättning för meddelarfriheten. "Den enes ansvar den andres frihet". 1976 utvidgades meddelarens ansvarsfrihet till att gälla även opublicerade meddelanden. Samtidigt lagfästes en viss rätt att bryta tystnadsplikten enligt 7 kap 3 §.¹⁰³

Meddelarfriheten regleras främst i TF 1 kap 1 § tredje stycket. Det lyder:

Det skall ock stå *envar* fritt att, i alla de fall då ej annat är i denna förordning föreskrivet, meddela uppgifter och underrättelser i vad ämne som helst *för offentliggörande* i tryckt skrift till författare eller annan som är att anse som upphovsman till framställning i skriften, till skriftens utgivare eller, om för skriften finnes särskild redaktion, till denna eller till företag för yrkesmässig förmedling av nyheter eller andra meddelanden till periodiska skrifter.

¹⁰² Dir 1999:98

¹⁰³ Se avsnitt 5.4.3 Anskaffarfrihet

Meddelarfriheten gäller alltså för *envar* såvida inte TF föreskrivit annat till skillnad från yttrandefriheten som endast gäller mot *det allmänna*. De meddelade uppgifterna måste dock vara avsedda för offentliggörande i en tryckt skrift och lämnas till sådan mottagare som anges i TF. Meddelandet kan lämnas antingen muntligt eller skriftligt genom överlämnande av handlingar eller egna nedskrivna uppgifter. Meddelarfriheten gäller i princip oberoende av om meddelandet publiceras. Det räcker alltså med att meddelarens syfte är att offentliggörande skall ske.¹⁰⁴

Meddelarfriheten gäller mot *envar*, även gentemot arbetsgivaren. Det anses dock att denna frihet är möjlig att avtala bort. Detta kan göras explicit i det enskilda anställningsavtalet eller genom kollektivavtal eller implicit genom den lojalitetsplikt som anses följa av själva anställningsförhållandet.¹⁰⁵ I förarbetena till 1 kap 9 § SekrL påpekade lagrådet att meddelarfriheten otvivelaktigt innebär att en meddelare går fri från straff och skadestånd på grund av sekretessbrott. *Beträffande en offentligt anställd person anses därutöver varje åtgärd som medför negativa konsekvenser otillåten, om den grundar sig på meddelandet.* Det är något osäkert om detsamma gäller anställd utanför den offentliga sektorn, t ex i fråga om avsked eller andra arbetsrättsliga påföljder.¹⁰⁶

På grundval av reglerna i RF 2 kap 1 § och TF 1 kap 1 § är det inte tillåtet för en offentlig arbetsgivare att mot den som utnyttjar sin meddelarfrihet vidta någon form av repressalier. Eftersom lag gäller före avtal i detta fall kan inte avtalet göras gällande av en offentlig arbetsgivare. Förbudet att i någon form straffa en person för att han utnyttjat sin meddelarfrihet gäller för den offentliga arbetsgivaren oberoende av vem som drabbas av repressalierna. Däremot är arbetsgivaren oförhindrad att bemöta kritiken med egna debattinlägg i medierna.

Yttrandefriheten gäller alltså enbart emot det allmänna medan meddelarfriheten gäller för *envar* även gentemot privata rättssubjekt. Denna meddelarfrihet upphör dock med automatik när en medborgare inträder i ett anställningsförhållande genom den s k lojalitetsplikten som anses följa av anställningen. Meddelarfriheten gäller dock före avtalade tystnadsplikter för offentliganställda. Därmed omfattas i praktiken endast de

¹⁰⁴ SOU 1990:12 s 60

¹⁰⁵ Jfr detta med Christensen, A och föreställningen om att avtal har upprättats när det egentligen rör sig om en plikt eller ett ensidigt åtagande.

medborgare som inte är anställda; arbetslösa, pensionärer, förtroendevalda, egna företagare, barn osv samt arbetstagare som innehar anställning i myndighet eller annat allmänt organ, av TF:s meddelarfrihet. (och eventuellt de anställda i de i SekrL 16 kap 1 § uppräknade företagen vad gäller den verksamhet som innefattar myndighetsutövning).

5.4.2 Lojalitetsplikt och kritikerätt

AD har i några fall berört frågan om saklig grund för uppsägning och offentlighetsprincipen. Ambulansförarmålet AD 1997:57 har jag berört kapitel 4. Där framkom att meddelarfriheten inte kunde åberopas i privata anställningsförhållanden. Vid bedömningen om hur långt arbetstagarens *kritikerätt* sträckte sig skulle dock hänsyn tas till det faktum att det var fråga om en skattefinansierad privat verksamhet av väsentligt allmänt intresse.

Även i AD 1994:79 prövades frågan om hur långt arbetstagarens kritikerätt sträckte sig.¹⁰⁷ K-E Karlsson blev i augusti 1993 avstängd från sin arbetsplats Värö Bruk och sedermera uppsagd p g a att han handlat illojalt genom att ha kritiserat arbetsgivaren i miljö- och säkerhetsfrågor. Kritiken hade framförts i skrivelser till myndigheter, i tidningen Skiftaren, i en insändare i en dagstidning, i en radiodebatt och i ett uttalande i kommunfullmäktige. K-E Karlsson hade jobbat som processingenjör vid Värö Bruk sedan 1972 och han representerade dessutom Vänsterpartiet i Varberg och var ansvarig utgivare för deras arbetsplatstidning, Skiftaren, som gavs ut vid bruket. Hans fackförening, Pappers, ansåg att uppsägningen inte var sakligt grundad och de stödde sig huvudsakligen på TF, YGL, RF och en ILO-konvention.

AD konstaterade att det inte fanns några regler i kollektivavtal, enskilda avtal eller ordningsregler vid bolaget som påverkade K-E:s tystnadsplikt eller kritikerätt. De utgick vidare från att TF och YGL inte reglerade förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare på den privata arbetsmarknaden. Det fanns inte något stöd för att pappers uppfattning att reglerna i dessa författningar - eller andra som de åberopat - skulle utgjort ett hinder mot uppsägning eller avskedande av en arbetstagare p g a brott mot den tystnadsplikt som följer av en privat anställning.

¹⁰⁶ Prop 1993/94:48 s 35-37, se även SOU 1990:12 s 63 och 74

De uttalade vidare att av anställningsavtalet följer en lojalitetsplikt. Arbetstagaren är skyldig att sätta arbetsgivarens intresse framför sitt eget och undvika lägen där plikt-kollision kan uppstå. Enligt AD:s praxis finns dock en långgående kritikerätt. Anställningsavtalet innebär inte ett avgörande hinder mot att påtala missförhållanden hos behörig myndighet. Vid bedömningen om arbetstagaren i sådana fall åsidosatt sin lojalitetsplikt läggs stor vikt vid om arbetstagaren först försökt få rättelse till stånd. Ett anställningsavtal bör inte heller hindra en arbetstagare att delta i debatter av allmänt intresse *men även en fri debatt har gränser* för vad som kan tillåtas i ett anställningsförhållande. AD fann att K-E visserligen hade brutit mot sin tystnadsplikt och att han kunde klandras för ett yttrande till koncessionsnämnden för miljöskydd men att det vid en samlad bedömning inte fanns saklig grund för uppsägning.¹⁰⁸ Arbetsgivaren valde till en början att inte följa AD:s domslut. Med stöd av LAS 39 § ville de istället "köpa" ut honom. Detta väckte emellertid protester från bl a K-E:s arbetskamrater. De gick ut i en vild strejk vilket bidrog till att arbetsgivaren ångrade sig. "Konsekvenserna av beslutet att inte ta tillbaka Kjell-Erik Karlsson blev större än vi beräknade".¹⁰⁹

Anställda inom både offentlig och privat verksamhet omfattas alltså av en lojalitetsplikt gentemot arbetsgivaren. Den anses följa redan av den enskilda anställningsavtalet. Dessutom finns det ofta uttryckligt avtalade tystnadsplikter. Trots detta har anställda en rätt att kritisera sin arbetsgivare men var gränsen för denna kritikerätt går är oklar och det är AD som sista hand fastställer gränsen i det enskilda fallet. Deras uttalande i AD 1997:57 tyder dock på att kritikerätten är mer omfattande när det rör sig om förhållanden av stort allmänt intresse i privata företag vilkas verksamhet finansieras med skattemedel än i rent privata företag. Det skall dock tilläggas att det inte rör sig om någon yttrandefrihet eller meddelarfrihet utan endast om en kritikerätt där arbetsgivaren, och i sista hand AD, sätter upp gränsen.

Eftersom yttrandefriheten och meddelarfriheten gäller före avtal i offentliga anställningsförhållanden kan offentliga arbetsgivare inte åberopa avtalade tystnadsplikter

¹⁰⁷ Kritikerätt är inte synonymt med yttrandefrihet utan endast ett mått på hur mycket kritik en arbetstagare kan ge utlopp för utan att betraktas som illojal. Detta skiljer sig från fall till fall och i slutändan avgör AD kritikerättens omfång.

¹⁰⁸ AD 1994:79

¹⁰⁹ Hallandsposten 11/6 1994 s 4

om de vill säga upp en anställd på grund av illojalt beteende. De är tvärt emot förhindrade att vidta någon form av repressalie mot den anställda. Däremot är det möjligt för privata arbetsgivare att åberopa lojalitetsplikten. Här föreligger en väsentlig skillnad vad gäller anställdas meddelarfrihet beroende på om hon är offentligt anställd eller privatanställd. Dessutom har arbetsgivaren en möjlighet att vägra rätta sig efter en dom i vilken domstol har ogiltigförklarat en uppsägning eller ett avskedande. Om han gör detta skall anställningsförhållandet anses upplöst. För sin vägran skall han dock betala ett skadestånd som grundar sig på arbetstagarens sammanlagda anställningstid.¹¹⁰ Även offentliga arbetsgivare omfattas av denna bestämmelse men den borde enligt min mening inte kunna tillämpas när det rör sig om uppsägningar som enbart grundar sig på det förhållandet att arbetstagaren brukat sin yttrandefrihet eller meddelarfrihet.

5.4.3 Anskaffarfrihet

I TF 1 kap 1 § fjärde stycket regleras anskaffarfriheten. Denna hänger ihop med meddelarfriheten eftersom den tar sikte på ett tidigare led i den kedja som löper från meddelare, via textens tidningsredaktion, till publicering i tryckt skrift. Detta stycke tillkom vid 1976 års ändringar, bl a som en följd av den sk IB-affären¹¹¹ och vill skydda den som använder sig av den i RF:s 2 kap 1 § första stycket behandlade informationsfriheten. Brottsliga metoder är dock inte tillåtna vid anskaffandet av uppgifter och underrättelser. Detta följer av TF 1 kap 9 § 3 punkten.

Begränsningar av meddelarfriheten och anskaffarfriheten regleras i 7 kap 3 §. De brott som en meddelare kan hållas ansvarig för räknas upp i tre punkter.

- Meddelaren kan hållas ansvarig för högförräderi, spioneri, grovt spioneri, obehörig befattning med hemlig uppgift, uppror, landsförräderi, landssvek eller försök,

¹¹⁰ LAS 39 §

¹¹¹ Karnov lagkommentar s 149 not 13. IB var en hemlig militär underrättelsetjänst i nära samarbete med socialdemokraternas ledning. Den var okänd även för riksdagens försvarsutskott och vissa medlemmar av regeringen. Med såväl lagliga som olagliga metoder - bland de senare märktes inbrott, infiltration, provokation och åsiktsregistrering - arbetade IB på att kartlägga den politiska vänstern i landet, inklusive radikalare delar av socialdemokratin. Verksamheten avslöjades av journalisterna Jan Guillou och Peter Bratt, som fick många av sina uppgifter från en f d IB-anställd - alltså en meddelare. Reportaget publicerades i FiB/Kulturfront och i en bok av Bratt. Staten väckte genom JK åtal och hävdade att alla tre hade gjort sig skyldiga till brott mot rikets säkerhet. De åtalades och dömdes för spioneri enligt brottsbalkens regler. De dömdes för att ha varit meddelare till sig själva. Åklagare och domare hävdade att anskaffandet och meddelandet kunde behandlas var för sig. Detta var en mycket kontroversiell tolkning av de paragrafer som då gällde. Se även Olsson R, A a s 32-33

förberedelse, eller stämpling till sådant brott. Detta innebär att grundlagsskyddet i dessa fall inte är lika starkt eftersom de hänvisar till vanlig lag. I detta fall 18, 19, 22 och 23 kap brottsbalken.

- I andra punkten behandlas frågan om någon oriktigt utlämnar en *allmän handling*. Brottet består i att lämna ut allmänna handlingar som innehåller sekretessbelagda uppgifter. Även kopior av sådana handlingar. Förbudet gäller såväl sekretessbelagda som kvalificerat sekretessbelagda uppgifter. Detta innebär att en offentligt anställd får berätta/läsa upp hemliga uppgifter från en handling men inte lämna ifrån sig en kopia på handlingen.¹¹² En tjänsteman kan bara straffas om han med *uppsåt* lämnat ut en handling i strid med sekretesslagen.
- Tredje punkten behandlar brott mot tystnadsplikter som anges i särskild lag. Det handlar här om de s k kvalificerade tystnadsplikterna som anges i SekrL 16 kap 1 §. Även t ex hälso- och sjukvårdspersonal och socialtjänstpersonal omfattas av 16 kap SekrL trots att det inte är verksamma inom den offentliga vården och omsorgen eftersom 16 kap 1 § hänvisar till SoL och YVHSL.

Enligt 3 § 2 st har anskaffaren ett självständigt ansvar för de i punkt ett angivna brotten. Även om han också är ansvarig för själva skriften där publiceringen skett eller skulle ske bedöms anskaffandet som en fristående gärning som kan föranleda särskilt straff.¹¹³

I TF 7 kap 3 § anges alltså i vilka fall ansvar kan dömas ut. Ett brott är utlämnande av allmän handling, som inte är tillgänglig för envar, eller tillhandahållandet av sådan handling i strid med myndighets förbehåll vid dess utlämnande, när gärningen är uppsåtlig. Vidare kan uppsåtligt åsidosättande av tystnadsplikt i vissa fall som anges i särskild lag föranleda straff. De fall som åsyftas finns angivna i SekrL 16 kap 1 §. *Uppgifter* som kan vara föremål för sekretess enligt någon bestämmelse som inte nämns i SekrL 16 kap 1 § kan däremot utan påföljd lämnas ut under åberopande av meddelarfriheten för offentliganställda. Däremot är det inte alltid straffritt att lämna ut den handling i vilken uppgiften fanns.

¹¹² Såvida uppgiften inte omfattas av någon av de s k kvalificerade tystnadsplikterna i SekrL 16 kap.

¹¹³ Petré/Ragnemalm a a s 436-437

5.5 Meddelarskydd

5.5.1 Allmänt

Medan meddelarfriheten innebär en frihet från att straffas av det allmänna i andra fall än vad som anges i TF innebär meddelarskyddet ett skydd för densamma. Meddelarskyddet innefattar både ett källskydd och en tystnadsplikt för journalister och andra som arbetar i mediaföretag. Med källskyddet avses skydd för den som utan att framträda öppet meddelar sig med eller på annat sätt medverkar i massmedia. Det kallas också anonymitetsskydd eller rätt till anonymitet. Journalister, utgivare och andra inom mediaföretag måste acceptera anonymiteten. Om de inte gör detta kan de under vissa förutsättningar dömas för brott mot tystnadsplikt. Myndigheter måste respektera källskyddet, därför får de inte efterforska källan. Med meddelarskydd avser jag dels anonymitetsskydd inklusive journalisternas tystnadsplikt dels förbudet mot efterforskning.

5.5.2 Anonymitetsskydd

Ingen skall behöva avstå från att berika informationen till allmänheten på grund av rädsla för repressalier eller obehag. Detta möjliggörs av det särskilda ansvarighetssystemet i 8 kap genom det s k ensamansvaret.¹¹⁴ TF 3 kap reglerar rätten till anonymitet. Av 1 § följer ett förbud att sätta ut namn på skrift, av 2 § ett frågeförbud i rättegång och av 3 § en tystnadsplikt för den personal som medverkat till skriftens publicering. Så länge, i detta fall, meddelaren inte *uttryckligen* samtyckt till att hans identitet röjs, får han presumeras vilja göra anspråk på TF:s anonymitetsskydd. Anonymitetsskyddet är alltså mycket starkt och det omfattar alla oavsett om de är privatanställda eller offentliganställda. Journalister och andra som medverkat till skriftens publicering omfattas dessutom av en tystnadsplikt.

I mars 1998 dömdes t ex en redigerare av tingsrätten till 60 dagsböter för brott mot tystnadsplikten enligt TF. I december fastställde hovrätten domen men sänkte påföljden till 40 dagsböter. Hovrätten fann det inte bevisat att redigeraren uppsåtligt hade brutit mot tystnadsplikten. Däremot hade hon gjort det av oaktsamhet. Hennes brott att röja en insändarskribents identitet för dennes arbetsgivare, var inte bara ett brott mot TF utan även mot Journalistavtalets regler om diskretion och mot yrkesetiska regler. Om en tidning hanterar skyddade meddelanden vårdslöst, riskerar tidningen att förlora förtroendet från läsekretsen och presumtiva meddelare. AD prövade i ett senare skede om det var rätt att

¹¹⁴ Petré/Ragnemalm a s 411

avskeda redigeraren p g a hennes brott. I sin bedömning beaktade de särskilt att hon brutit mot det grundläggande meddelarskyddet och den uppenbara risk för att skada tidningens anseende som hennes handlande inneburit. Bolaget hade därmed rätt att skilja redigeraren från hennes anställning.¹¹⁵

Vid de i TF 7 kap 3 § 1 st 1 angivna brotten upphör dock den ovan angivna tystnadsplikten redan vid polisutredningen om brotten. Består brotten av överträdelser av de i punkterna två och tre angivna tystnadsplikterna, fordras vid förhandlingar en bedömning av rätten för att tystnadsplikten skall åsidosättas. Uppgift om identitetsfrågan får lämnas endast vid förhandling inför domstolen i vittnesmål, vid partsförhör eller liknande. En allmän fråga om vem som är meddelaren omfattas dock av tystnadsplikten. Det finns ytterligare ett fall där tystnadsplikten får ge vika. Om rätten av hänsyn till allmänt eller enskilt intresse finner att det är av synnerlig vikt att identiteten röjs. Det intresse som skall eliminera anonymitetsskyddet skall vara mycket stark.¹¹⁶

5.5.3 Förbud mot efterforskning

Av TF 3 kap 4 § följer att myndigheter eller andra allmänna organ inte får efterforska den som lämnat meddelanden för publicering i tryckt skrift i vidare mån än som erfordras för åtal eller annat ingripande mot honom som inte står i strid med TF. Förbudet mot efterforskning riktar sig enbart till myndigheter och andra allmänna organ. Däremot anses inga hinder föreligga för privata rättssubjekt att efterforska om t ex en anställd lämnat uppgifter för publicering. Detta oavsett om den privata rättssubjektet är ett kommunalt företag.¹¹⁷

Vad som omfattas av begreppet *annat allmänt organ* är dock oklart.¹¹⁸ I förarbetena uttalas att det rör sig om organ som till sin karaktär står myndighet nära och fullgör uppgift som normalt åvilar staten eller kommunen. Enskild omfattas inte av förbudet.¹¹⁹ Enligt Strömberg avses troligen statliga och kommunala beslutande församlingar.¹²⁰ Marcusson menar att efterforskningsförbudet omfattar alla som fullgör offentliga

¹¹⁵ Lag&Avtal nr 8/99 s 26

¹¹⁶ Petrén/Ragnemalm a a s 413

¹¹⁷ Landelius, A-C a a s 63

¹¹⁸ Se kapitel 2.6 angående begreppet

¹¹⁹ Petrén/Ragnemalm a a s 414

¹²⁰ Strömberg, H, FT 1985 s 59

förvaltningsuppgifter.¹²¹ Efterforskning som sker i strid med denna bestämmelse är straffbelagt i TF 3 kap 5 §. Eftersom det är oklart vad som omfattas av begreppet annat allmänt organ och att efterforskning i strid med förbudet är straffbelagt bör begreppet enligt min mening tolkas restriktivt i detta sammanhang. Detta innebär att privata rättssubjekt inte omfattas av efterforskningsförbudet. Inte ens kommunalt helägda bolag.

Även förbudet mot efterforskning är begränsat. I de fall misstanke om brott enligt TF 7 kap 3 § föreligger får efterforskning ske. Men även vid brott som avses i TF 7 kap 2 § kan efterforskning vara tillåten liksom vid brott som faller vid sidan om TF:s tillämpningsområde, dvs vid brott som inte har med tryckfrihetens innebörd och syfte att göra. Eftersom journalister och andra som medverkat till framställningen måste respektera meddelarens vilja att vara anonym och denna tystnadsplikt endast får brytas under de ovan i TF angivna förutsättningarna innebär det i praktiken att även om meddelarfriheten överskridits kan anonymitetsskydd föreligga. Detta innebär att reglerna om meddelarfrihet och anonymitetsskydd inte är helt korresponderande.¹²²

5.6 Sammanfattning

Jag har i detta kapitel redogjort för offentlighetsprincipen. Jag har berört vilka begränsningar som kan göras i de olika friheterna och vilka de rättsliga konsekvenserna blir av att offentlig verksamhet bedrivs av privata rättssubjekt. Jag har också belyst begreppen lojalitetsplikt och kritikrätt vilka förekommer inom arbetsrätten. Dessa är viktiga för att förstå skillnaden mellan privatanställdas respektive offentliganställdas möjligheter att delta i en den fria åsiktsbildningen.

Yttrandefriheten gäller endast mot *det allmänna*. Därmed kan den inte åberopas gentemot privata rättssubjekt oberoende om de är hel- eller delägda kommunala bolag eller entreprenörer som bedriver kommunal verksamhet. På det statliga området har handlingsoffentligheten vad gäller privata rättssubjekt utökats genom en bilaga till SekrL och dessa organ skall vid tillämpningen av SekrL jämföras med myndighet. Även för kommunala företag skall handlingsoffentlighet råda och även de skall vid tillämpningen av SekrL jämföras med myndigheter men inte annars. Beträffande övriga företag där kommuner är delägare skall fullmäktige verka för handlingsoffentlighet. Frågan om

¹²¹ Marcusson, L a s 125

¹²² SOU 1990:12 s 66-67

offentlighet vad gäller kommunal verksamhet som bedrivs av privata rättssubjekt är under utredning. Regeringen har tillsatt en parlamentarisk utredning som skall föreslå åtgärder för att stärka den medborgerliga insynen och deltagandet i den kommunala demokratin.¹²³

Meddelarfriheten gäller mot *envar*, även mot arbetsgivaren. I praktiken gäller den bara för anställda inom offentlig förvaltning. Anställningsavtalet innebär att meddelarfriheten avtalas bort och privata arbetsgivare kan åberopa detta avtal om de vidtar åtgärder mot sina anställda. Anställda har dock en viss kritikerätt men var gränsen för denna går avgör arbetsgivaren, och i slutändan AD, i varje enskilt fall. Jag har även tagit upp begränsningarna av meddelarfriheten och anskaffarfriheten i TF. Det är där viktigt att uppmärksamma skillnaden vad gäller de s k kvalificerade tystnadsplikterna och andra tystnadsplikter. Uppgifter som kan vara föremål för sekretess i andra fall än enligt SekrL 16 kap 1 § kan utan påföljd muntligen lämnas ut av offentliganställda under åberopande av meddelarfriheten.

Jag har även redogjort för Meddelarskyddet vilket innefattar dels ett anonymitetsskydd inklusive en tystnadsplikt för journalister m fl dels ett förbud mot efterforskning. Medan anonymitetsskyddet omfattar både privatanställda och offentliganställda omfattar förbudet mot efterforskning endast myndigheter och andra allmänna organ. Begreppet *annat allmänt organ* är vagt. Vid en tolkning bör begreppet tolkas restriktivt eftersom brott mot förbudet är förenat med straffrättsliga sanktioner. Det föreligger många oklarheter vad gäller offentlighetsprincipens omfattning och nyare lagstiftning har inte skapat klarhet utan snarare har frågan komplicerats ytterligare. Oklarheter skapar osäkerhet vilket skapar tystnad kring viktiga frågor. Detta medför risker dels för vår demokrati dels för rättssäkerheten.

6 Rättssäkerhet

6.1 Inledning

Vad är rättssäkerhet? I en ordbok står det; trygghet för medborgarna genom lag och rätt mot övergrepp från myndighet eller enskild person.¹²⁴ Jag anser att denna förklaring ganska bra beskriver innebörden av begreppet. Finns det risker för rättssäkerheten när offentlig verksamhet övergår till att bedrivas av privata rättssubjekt?

¹²³ Dir 1999:98

¹²⁴ Malmström, S m fl, Bonniers svenska ordbok

Enligt RF 1 kap 9 § skall domstolar och andra som fullgör uppgifter inom den offentliga förvaltningen i sin verksamhet beakta allas likhet inför lagen samt iaktta saklighet och opartiskhet. Denna s k objektivitetsprincip avser att förhindra godtycke och maktmissbruk i den offentliga förvaltningen. *Denna grundsats skiljer sig på ett avgörande sätt den offentliga förvaltningen från privat verksamhet.* Att lika fall behandlas lika hindrar inte särlagstiftning av välfärdskaraktär, t ex lagstiftning om socialtjänst eller förmåner för handikappade. Innebörden är att skillnader inte får göras mellan individer utöver vad som följer av gällande lagstiftning. Bestämmelsen gäller för alla kommunala nämnder och för alla kommunala tjänstemän. Det kan t ex röra sig om betygssättning i skolan eller att kommunen tillhandahåller en likvärdig vård och omsorg till alla sina medborgare. Att kommuner skall behandla sina medlemmar lika om det inte finns sakliga skäl för något annat kommer även till uttryck i KomL 2 kap 2 §.¹²⁵

6.2 Målstyrning

Målstyrning har blivit ett nyckelord i den förvaltningspolitiska debatten och representerar ett led i förnyelsen av den offentliga sektorn. Målstyrningstekniken innebär att politikerna fastslår de allmänna målen och överlåter till tjänstemännen att på bästa sätt nå dessa mål. Reellt innebär detta att makten förskjuts från politiker till tjänstemän, vilket kan innebära nackdelar ur rättssäkerhetssynpunkt men fördelar ur flexibilitets- och effektivitetssynpunkt.

Kristina Tidestav har belyst problemet med demokratin och den maktförskjutning som målstyrningen kan medföra samt vilka följder tekniken kan få för rättssäkerheten, effektiviteten, flexibiliteten och i slutändan den offentliga politikens legitimitet.¹²⁶ Till målstyrningens negativa konsekvenser brukar demokrati- och rättssäkerhetsproblematiken framhållas. Tekniken medför en risk för att det inträffar en maktförskjutning från politiker till tjänstemän inom förvaltningen och att folksuveränitetsprincipen därmed kringgås. Den handlingsfrihet, kombinerat med tjänstemännens situationskännedom och sakkunskap gör att tjänstemännen, och inte medborgarnas valda representanter, blir den offentliga politikens utformare. Det får till följd att de som i praktiken har makten över besluten, det vill säga tjänstemännen, inte är samma personer som får stå till svars för dem - nämligen

¹²⁵ Se utförligare redogörelse om likställighetsprincipen i kapitel 3.2.2

¹²⁶ Tidestav, K, NAT 1/1998 s 10

politikerna. Detta ger upphov till demokratins svarta hål med vilket menas att det inte finns någon som medborgarna direkt kan utkräva ansvar av.

Eftersom enskilda ärendens avgöranden oftast inte ligger i precisa regler utan hos tjänstemännen medför detta i sig fara för rättssäkerheten. Därmed riskeras både rättsstatens förutsebarhets- och likabehandlingsnorm. Risken ökar för att medborgarna i sin kontakt med förvaltningen blir olika behandlade beroende på vilken tjänsteman som handhar ärendet, vilket i sin tur kan leda till att förutsebarheten om hur förvaltningen skall avgöra ett fall minskar. Detta hotar realiserandet av den s k legalitetsprincipen som bl a syftar till att göra statens makt förutsebar och tydlig för medborgarna och att skydda dem från godtycke.¹²⁷ Det är främst avsaknaden av ett tydligt regelverk kombinerat med en rätt att överklaga som ger upphov till tjänstemännens makt och därmed nackdelar ur rättssäkerhetssynpunkt.¹²⁸

Om nu tjänstemännen ibland har för stor makt i målstyrda myndigheter föreligger en ännu större fara för demokratin och rättssäkerheten när alltmer av den offentliga verksamheten övergår att bedrivas av privata rättssubjekt. Då blir det tjänstemännen som utformar målen och de privata rättssubjekten som verkställer, dvs tar över tjänstemännens roll. Risken ökar därmed för att medborgarna i sin kontakt med de privata utförarna blir olika behandlade beroende på vilken utförare som handhar verksamheten, vilket i sin tur kan leda till förutsebarheten, objektiviteten och opartiskheten minskar ytterligare samt att risken för godtycke ökar än mer.

6.3. Begreppet rättighet

6.3.1 Allmänt

Anna Christensen har belyst rättighetsbegreppet i sin artikel *Konflikt eller harmoni Två normativa strukturer*¹²⁹ genom att ställa två normativa strukturer mot varandra. Hon beskriver dels avtalet, ett partsförhållande som kännetecknas av en konflikt dels den andra strukturen, statusrelationen, vilken kännetecknas av harmonin.

¹²⁷ Tidestav, K, NAT 1/1998 s 5-6

¹²⁸ Jag kommer i avsnittet om rättigheter 6.3 beröra denna problematik utförligare.

¹²⁹ Ur Politisk filosofi Rättigheter, Symposium, Stockholm/Stehag 1988

Avtalet består av en relation mellan två parter. Dessa parter har erkända legitima särintressen. Avtalet ger parterna rättigheter men också skyldigheter. Historiskt har avtalet uppstått genom en relation mellan främlingar/fiender, släkter eller konkurrenter. I den normativa strukturen, som bygger på det gemensamma intresset, ersätts konflikten med harmonin. De normativa relationerna är här riktade mot systemet som helhet och blir därför mer statusbetonade. De individer eller grupper av individer som utgör delar av systemet har plikter i förhållande till systemet som helhet, men egentligen inga rättigheter, till skillnad mot avtalsrelationen med sina klara rättigheter och skyldigheter. De kollektiva intressena får således företräde framför de individuella. Ett kollektiv strävar efter harmoni genom att helheten bestämmer innehållet. Det existerar inga legitima särintressen. Det existerar plikter men inga egentliga rättigheter. Begränsade relationer har den typiska rättighets- och förpliktelsekaraktären medan system för hela livet skapar, hos alla som tillhör systemet, ett gemensamt intresse av att systemet hålls samman.

Ett område där normativa mönster förekommer är mellan stat och medborgare. Denna relationen kännetecknas av ett statusförhållande. Medborgarna är obligatoriskt anslutna till staten. Historiskt framstod den som en patriarkalisk, harmonisk relation. Det var visserligen ingen jämbördig relation men det förelåg inte heller någon öppen konflikt. Sedan uppstod idén om statsfördraget. Denna idé förutsatte ett partsförhållande med en latent konflikt. Staten gavs ett eget liv med en tendens att utöva mer långtgående makt än nödvändigt och medborgarna hade en tendens till anarki. Medborgarna tillskrevs rättigheter, såsom frihetsrättigheter och förpliktelser vilka innebar att följa lagarna. Staten å sin sida ålades förpliktelser vilka innebar att inte ingripa, samt rättigheter vilka innebar att bestraffa lagbrott. Medborgarna hade en möjlighet att upplösa relationen genom val eller revolution.

Christensen menar att det idag pågår en ideologisk eller illusorisk användning av rättighetsbegreppet genom att normativa relationer beskrivs som vore de av annat slag än de verkligen är. För när det främst avtals- och rättighetsbegreppen som används ideologiskt, nämligen genom att beskriva institutionella relationer som rättighetsrelationer. Platons idealstat skulle idag till exempel beskrivas i rättighetstermer, inte plikttermer. Idealstaten skulle beskrivas som en stat, där alla de ingående individerna och grupperna hade en rätt att utföra de uppgifter som de enligt den redan uppgjorda planen för helheten *måste* utföra. Kanske skulle man till och med säga att de valt dessa olika uppgifter efter anlag och

förutsättningar. När rätt och plikt sammanfaller är det i själva verket helheten som bestämmer innehållet i de normativa relationerna eller, de olika särintressena har smält samman till en harmonisk helhet.¹³⁰

Ett annat exempel är de s k vårdkontrakten som sluts inom den sektor av samhället där det institutionella förtrycket alltid har hävdats. Dessa vårdkontrakt ändrar ingenting eller nästan ingenting i relationen mellan myndigheten och den vårdade. Vårdkontraktet är bara en ideologisk omtolkning av en statusrelation. Detta gäller den ideologiska användningen av avtalsrelationen och rättighetsbegreppet överlag. Anna Christensen uttalar dock att dess viktigaste funktion tycks vara att dölja gamla eller nya former för institutionell underordning.¹³¹

6.3.2 Legala rättigheter

Inom förvaltningsrätten skall vissa grundförutsättningar föreligga om något skall anses utgöra en legal rättighet. Rättigheten skall vara preciserad i lag, dvs bestämd till sitt innehåll och de förutsättningar som skall föreligga för att man skall vara berättigad till förmånen ifråga. Rättigheten skall dessutom kunna utkrävas, dvs möjligheten för den enskilde att överklaga ett avslagsbeslut för att på så sätt få ut sin rätt skall föreligga. Det måste med andra ord föreligga en motpart som har en skyldighet som korresponderar mot rättigheten. Kommunalbesvär anses som regel inte tillräckligt eftersom det enbart innebär en s k laglighetsprövning och ett framgångsrikt överklagande endast leder till att beslutet upphävs. En tredje förutsättning som brukar anföras är att en statlig tillsyn över de myndighetsutövande organen, vilka anses förstärka rättighetsbegreppet ytterligare.¹³²

6.3.3 Skyldigheter

Vår rätt till hälso- och sjukvård framgår av HSL. Lagen är en ramlag. Den anger hur hälso- och sjukvården skall bedrivas. Den är en s k skyldighetslag. Det är t ex landstingets respektive kommunens *skyldighet* att erbjuda dem som är bosatta där en god vård på *lika* villkor. Denna skyldighet anses inte korrespondera mot en rättighet för medborgaren. Ibland betecknas dessa rättigheter som s k kvasirättigheter eller service. Den enskilde har

¹³⁰ Jfr med Lewins analys av den s k samarbetsdemokratin.

¹³¹ Christensen, A a a

¹³² Se t ex prop 1997/98:189 s 16 där regeringen diskuterade skyldighets- respektive rättighetslagstiftning på hälso- och sjukvårdens område.

visserligen rätt att ställa krav i mån av resurser hos vårdgivaren. Om förutsättningarna i övrigt är uppfyllda för vård erhåller vederbörande sådan som serviceåtgärd.¹³³

SoL är liksom HSL en ramlag i många delar. Här finns dock en del rättigheter till förmån för den enskilde preciserade. T ex kan beslut om försörjningsstöd enligt 6b § överklagas genom förvaltningsbesvär enligt 73 §. Även beslut om annat bistånd enligt 6f §, med vilket avses hjälp i hemmet, samt särskilt boende för service och omvårdnad för äldre eller bostad med särskild service för funktionshindrade, är möjliga att överklaga genom förvaltningsbesvär. Det är kommunens uppgift att inrätta sådana boendeformer enligt 20 § 2 st och 21 § 3 st. Hälso- och sjukvård är alltså inte någon legal rättighet för medborgaren enligt HSL. Däremot är hemhjälp och rätt till särskilt boende är en legal rättighet enligt SoL. Kommuner anser sig ibland inte ha resurser att omedelbart ordna t ex gruppboestad. Resursbrist anses dock i princip sakna relevans vid tillhandahållandet av lagstadgade rättigheter.¹³⁴

Skolplikt och motsvarande rätt till utbildning. Är det möjligt? Rätten till en avgiftsfri grundskola finns inskriven både i grundlag och vanlig lag. Det är hemkommunens skyldighet att se till att var och en som har rätt till utbildning får det. Det finns dock ingen möjlighet att överklaga genom förvaltningsbesvär om en kommun inte uppfyller denna skyldighet. Däremot finns möjligheter att överklaga frågor om t ex skolskjuts till Skolväsendets överklagandenämnd. Betyg eller undermålig utbildning är ej möjligt att överklaga. Har en kommun grovt eller under en längre tid åsidosatt sina skyldigheter enligt SkoL eller föreskrifter som meddelats med stöd av lagen får dock regeringen meddela föreskrifter för kommunen eller, på kommunens bekostnad, vidta de åtgärder som behövs för att avhjälpa bristen. Detta belopp kan sedan kvittas mot de statsbidrag kommunen erhåller.¹³⁵ Det framstår som om rätten till utbildning inte är någon legal rättighet utan istället en plikt. Det är vårdnadshavarnas ansvar att se till att deras skolpliktiga barn fullgör denna plikt. Om så ej sker, och detta beror på vårdnadshavaren, kan han drabbas av vite som gäller omedelbart.¹³⁶

¹³³ Westerhäll, L a a s 88

¹³⁴ Se t ex RÅ 1988 ref 40, RÅ 1993 ref 11 och NJA 1993 s 99 samt Warnling-Nerep, W, a a s 96 och s 133

¹³⁵ SkoL 15 kap 15 §

6.4 Sammanfattning och slutsatser

Jag har i kapitlet beskrivit begreppet rättssäkerhet och belyst några problem förenade med den målstyrningsteknik som kommunala politiker och tjänstemän i allt högre grad anammat och som den nya kommunallagen gett utrymme för. De risker för rättssäkerheten och demokratin som är förenade med denna teknik är ännu större när kommunal verksamhet bedrivs av privata rättssubjekt eftersom det nu blir tjänstemännen som utformar målen. För den enskilde blir det svårt att överblicka vem som ansvarar för verksamheten. Är det producenten, och i så fall för vilka delar? Är det kanske den kommunala tjänstemannen, men för vilka delar av verksamheten? Är det kanske politikern? För de obligatoriska verksamheterna hälso- och sjukvård, omsorg och skola är kommunen enligt lag huvudman. Med alla dessa led finns det många att skylla på och ingen som medborgarna direkt kan utkräva ansvar av. Det kan inte heller göras till enbart en konsumentfråga eftersom demokrati och brukarinflytande inte är synonymt.¹³⁷

Jag har även beskrivit Anna Christensens syn på hur rättighetsbegreppet idag används som en ideologisk föreställning. Sett utifrån en medborgerligt perspektiv stämmer detta säkerligen. I den offentliga debatten, inte sällan av politiker, är det vanligt förekommande att begreppet rättighet används fastän det oftast inte är legala rättigheter som åsyftas. Visserligen är juristen medveten om detta men troligtvis inte medborgare i gemen.

Jag har vidare belyst vad begreppet rättighet står för inom förvaltningsrätten. HSL är en skyldighetslag utan korresponderade rättigheter. SoL är till vissa delar en rättighetslag. Frågan är bara vilka krav på kvalitet den enskilde kan ställa? Eftersom det rör sig om ramlagstiftning medför detta en nackdel ur rättssäkerhetssynpunkt. Lagen nämner inget om vilken kvalitet den berättigade kan kräva. Vad gäller rätten till utbildning föreligger ingen egentlig rättighet utan en plikt.

Idag har näringslivets begreppsapparat börjat användas i den offentliga förvaltningen. Man talar om kunder, servicekonsumenter, brukare osv. Medborgarnas möjligheter att påverka är i form av "konsumentmakt". Genom att kunna välja mellan olika vårdgivare, skolor, sjukhem osv skapas en föreställning om en avtalsrelation och producenter som konkurrerar med varandra om kunderna. Detta är dock endast en ideologisk omtolkning av en

¹³⁶ Se SkoIL 3 kap 15-16 §§

¹³⁷ Se mer om denna problematik i kapitel 4.2.2

statusrelation eftersom det är kommunernas skyldighet att ansvara för att servicen ges till alla medborgare. Samtidigt har medborgaren i de flesta fall ingen egentlig utkrävbar rättighet. När kommunal verksamhet övergår att bedrivas av privata rättssubjekt blir det svårare att kontrollera att rättssäkerheten för den enskilde medborgaren är uppfylld, särskilt i sådana verksamheter där det inte föreligger några legala rättigheter.

7 Offentlig kontroll och tillsyn

7.1 Inledning

Offentlighetsprincipen är inte tillämplig när kommunal verksamhet bedrivs av privata rättssubjekt. Vad gäller hel- och delägda kommunala bolag gäller visserligen handlingsoffentlighet till viss del genom bestämmelser i SekrL och KomL. Verksamheterna har ändå inte lämnats helt utan kontroll och tillsyn. I detta kapitel kommer jag att belysa olika organ som utövar offentlig kontroll och tillsyn över offentlig verksamhet. Jag kommer att beröra JO, JK, Riksdagens revisorer och RRV:s roll som kontrollorgan. Vidare kommer jag att behandla Socialstyrelsens, länsstyrelsernas och Skolverkets roll som tillsynsmyndigheter vad gäller verksamheterna vård och omsorg samt skola. Till sist kommer jag att belysa vilken roll den kommunala revisionen har när det gäller kontrollen av kommunal offentlig verksamhet. I denna del kommer jag att vara lite mer utförlig eftersom det just är den kommunala verksamheten jag berör i denna uppsats.

7.2 JO och JK

Riksdagen utser ombudsmän vars funktion är att utöva tillsyn över tillämpningen av lagar och andra författningar i offentlig verksamhet. JO:s tillsyn gäller huvudsakligen myndigheternas verksamhet men har utsträckts till att omfatta verksamhet som innefattar myndighetsutövning även utanför myndighetsområdet. Den kontroll som ligger i JO:s granskningsrätt gäller alltså även de privaträttsliga organ som har sådana förvaltningsuppgifter som innefattar myndighetsutövning. De grundläggande reglerna för JO:s granskning finns i lagen (1986:765) med instruktion för Riksdagens ombudsmän. Enligt 3 § skall de särskilt tillse att domstolar och förvaltningsmyndigheter i sin verksamhet iakttagit RF:s bud om saklighet och opartiskhet, och att medborgarnas grundläggande fri- och rättigheter inte åsidosatts i den offentliga verksamheten. Vid tillsyn av kommunala myndigheter skall ombudsman beakta de former i vilka den kommunala självstyrelsen utövas. Enligt 6 § får ombudsman som särskild åklagare väcka åtal mot befattningshavare som begått brott i tjänsten. Dock inte om det rör sig om tryckfrihetsbrott

eller yttrandefrihetsbrott. Han får även göra anmälan till bl a HSAN om befattningshavare begått fel som kan leda till disciplinpåföljd eller återkallelse av legitimation eller behörighet att utöva yrke inom hälso- och sjukvården.¹³⁸ Han kan även föreslå att befattningshavare avskedas eller avstängs från sin tjänst på grund av brottslig gärning eller upprepad tjänsteförseelse. Enligt 7 § får han föra talan vid domstol vid där angivna förutsättningar. Tyngdpunkten i JO:s verksamhet ligger dock i de uttalanden han kan göra i de beslut varigenom han avgör ärendena enligt 6 § första stycket. De kan innefatta påståenden om att granskade beslut eller åtgärder är felaktiga eller olämpliga. De kan också ha till syfte att främja en mer ändamålsenlig rättstillämpning. Uttalandena saknar dock omedelbar rättslig verkan. JO kan inte upphäva eller ändra ett beslut som han funnit felaktigt.¹³⁹ All offentlig förvaltning utanför myndighetsfären faller utanför JO:s tillsyn.¹⁴⁰

JK:s tillsynsområde regleras i lag (1975:1339) om Justitiekanslerns tillsyn. Där anges bl a att tillsynen omfattar den statliga sektorns myndigheter och dess befattningshavare och andra knutna till de statliga myndigheterna som innehar uppdrag varmed följer myndighetsutövning i den utsträckning som regeringen föreskriver. Även kommunala myndigheter och andra myndigheter som inte är statliga och tjänstemän vid dessa och andra som innehar tjänst eller uppdrag varmed följer myndighetsutövning står under JK:s tillsyn. Av förordning (1975:1345) med instruktion för Justitiekanslern följer att JK är regeringens högste ombudsman och att det åligger JK att bevaka statens rätt. Enligt 6 § åligger det JK att vaka över tryckfriheten och yttrandefriheten enligt bestämmelser i TF och YGL. Det har ansetts värdefullt att övervakningen är samlad centralt hos en myndighet och det har bidragit till en gynnsam utveckling av TF:s tillämning.¹⁴¹

Den främsta skillnaden mellan JO:s och JK:s tillsyn är att JO fullgör sin granskningsuppgift på uppdrag av riksdagen. Detta anses innebära att allmänhetens intresse av kontroll blir tillgodosett. JK fullgör sin uppgift på regeringens uppdrag. Regeringen anses därmed kunna utöva kontroll över sin förvaltning.¹⁴²

¹³⁸ Se bl a YVHSL 5 kap 5 § om preskriptionstider vad gäller disciplinpåföljder

¹³⁹ Petrén/Ragnemalm, a a s 327

¹⁴⁰ SOU 1997:38 s 44

¹⁴¹ Se Petrén/Ragnemalm a a s 454

¹⁴² Se Warnling-Nerep, W a a s 376

7.3 Riksdagens revisorer och RRV

Riksdagens revisorer har till uppgift att granska den statliga verksamheten. Granskningen tar sikte på förhållanden med anknytning till statsbudgeten, men får också avse mera allmänna bedömningar av generell innebörd. Revisionen kan omfatta såväl företag som bedriver myndighetsutövning som företag som har andra förvaltningsuppgifter. Till granskningsrätten har kopplats en motsvarande skyldighet att tillhandahålla uppgifter. Regeringens organ för motsvarande uppgift är RRV. Det får även granska den verksamhet som staten bedriver i form av AB eller stiftelser om verksamheten är reglerad i lag eller annan författning, eller om staten är ägare, genom tillskott av anslagsmedel, genom avtal eller på något annat sätt har ett bestämmande inflytande över verksamheten.¹⁴³

Specialdestinerade bidrag som grundar redovisningsskyldighet återfinns inom olika områden av kommunal verksamhet, t ex statsbidrag till kommunala bibliotek. Statens revisorer har rätt att granska den verksamhet som finansieras med statliga medel och kan därmed kontrollera att kommunen använt bidragen till biblioteksverksamheten. Riksdagens revisorer granskar även kommunala verksamhetsområden i allmänhet, utan att en specifik kommun granskas. RRV lyder under regeringen och har en granskningsskyldighet mot kommunerna som är likartad Riksdagens revisorer. Eftersom de statliga bidragen till kommunerna i allt större omfattning övergår från att vara specialdestinerade till att vara generella (t ex statsbidragen till skolverksamheten) krymper RRV:s granskningsområde.¹⁴⁴

7.4 Socialstyrelsens och länsstyrelsernas tillsyn

Riksdagens styrning av äldreomsorgen uttrycks bl a genom de nationella mål som anges i SoL och HSL.¹⁴⁵ Båda lagarna betonar alla människors lika värde och *rätt att behandlas lika*. Socialstyrelsen är central expert- och tillsynsmyndighet inom socialtjänst och hälso- och sjukvård och dess huvuduppgifter är att bedriva tillsyn, uppföljning, utvärdering och kunskapsförmedling inom framförallt områdena hälso- och sjukvård, socialtjänst och folkhälsa. Regeringen anger verksamhetsmålen i regleringsbrev.

Inom äldreomsorgen har Socialstyrelsen hela ansvaret för tillsynen över hälso- och sjukvården men endast ansvaret för den nationella tillsynen över socialtjänsten.

¹⁴³ SOU 1997:38 s 37

¹⁴⁴ Lundin a a s 148

¹⁴⁵ Se t ex SoL 1 § och HSL 2 §

Länsstyrelserna svarar där för den regionala tillsynen. Socialstyrelsen behandlar dock principiellt viktiga ärenden som har betydelse för praxisutveckling och har intresse för hela landet. Målet för tillsynen är att utveckla *rättssenlighet, rättssäkerhet och kvalitet*. Socialstyrelserna ger länsstyrelserna stöd i deras tillsyn över socialtjänsten bl a genom att ge ut allmänna råd.¹⁴⁶

Eftersom tillsynen över hälso- och sjukvård och socialtjänst är delad mellan Socialstyrelsen och länsstyrelserna skapas oklara roller.¹⁴⁷ Länsstyrelsernas sinsemellan olika förutsättningar och prioriteringar skapar dessutom en osäkerhet om tillsynens omfattning och kvalitet. Även lagstiftningen är oklar i sin reglering över tillsynen. I SoL anges länsstyrelsernas uppgifter i allmänna ordalag. Beträffande tillsynen åläggs t ex länsstyrelserna att även i övrigt se till att socialnämnderna fullgör sina uppgifter på ett ändamålsenligt sätt. Detta skapar en osäkerhet om vad som är tillsyn och vad som är stöd, hjälp respektive utveckling. Tillsynsuppgiften försvåras ytterligare av att länsstyrelsen vid behov visserligen kan påkalla ändring och göra påpekanden hos kommunens socialnämnd, men saknar befogenhet att ålägga kommunen att genomföra en viss åtgärd. Varken Socialstyrelsen eller länsstyrelsen har några särskilda maktbefogenheter eller sanktionsmöjligheter gentemot kommunerna.¹⁴⁸ Av SoL följer dock att länsstyrelsen är det organ som beviljar tillstånd för *enskilda* som yrkesmässigt vill bedriva verksamhet inom bl a vård och omsorg. Länsstyrelsen skall även utfärda föreläggande och i sista hand förbjuda verksamhet som den utövar tillsynen över.¹⁴⁹

7.5 Skolverkets tillsyn

Statens skolverk är central förvaltningsmyndighet för det offentliga skolväsendet. För skolorganisationen i sin helhet är kommunerna huvudman. De skall omsätta de nationella målen som finns formulerade i skollag, förordningar, läroplaner och anpassa verksamheten till de lokala förutsättningar som råder i den egna kommunen. Kommunerna skall upprätta

¹⁴⁶ SOU 1996:169 Bilaga II s 36-37

¹⁴⁷ Se även Sydsvenska Dagbladet 18/4 1999 s 2 där Lotta Westerhäll med anledning av Ädelreformen ställer frågan om det är bra med en uppdelning mellan två huvudmän (primärkommun och landsting) vad gäller hälso- och sjukvården.

¹⁴⁸ SOU 1996:169 s 57

¹⁴⁹ Se vidare SoL 68-70 §§

skolplaner där de anger hur de nationella målen skall förverkligas.¹⁵⁰ De anställda svarar under rektorns ledning för att undervisningen bedrivs enligt fastställda mål och riktlinjer.

Målen för skolutbildningen är bl a att barn och ungdomar skall ha *lika* tillgång till utbildning oberoende av kön, geografisk hemvist samt social och ekonomiska förhållanden. *Likvärdigheten* skall garanteras genom nationell uppföljning, utvärdering och utveckling, en statlig tillsyn, en statlig lärarutbildning och tillgång till kontinuerlig fortbildning liksom ett specialdestinerat sektorsbidrag till skolan. Detta bidrag ingår dock numera i det generella statsbidraget. Skolverkets uppgift är att verka för att de nationella målen förverkligas. Verksamheten vid Skolverket styrs dessutom av förordningen 1991:1121 med instruktion för myndigheten. Det publicerar två rapporter per år där statistiska uppgifter för varje kommun om hur skolan är organiserad och vad olika skolformer kostar. Vidare anges andelen elever som lämnar grundskolan med ofullständigt slutbetyg. Inga analyserande kommentarer lämnas dock. Om en kommun inte kan lämna efterfrågade uppgifter kan regeringen utfärda vite för denna underlåtenhet enligt SkoL 15 kap 11 §.

Skolverkets tillsynsroll över friskolorna är mer konkret utformad än gentemot det offentliga skolväsendet. Myndigheten är skyldig att utöva tillsyn över friskolorna. Verket ger också tillstånd till att bedriva friskolor och har även befogenhet att besluta om att dra in dessa tillstånd.¹⁵¹ När brister påtalas i en tillsyn, är det inte en enskild skola eller enskild befattningshavare som kritiserar, utan kritiken riktas alltid mot skolhuvudmannen. Detsamma gäller för friskolor, men i dessa fall är oftast huvudmannen och den enskilda skolan samma objekt.¹⁵²

Av SkoL 15 kap 15 § följer att om en kommun grovt eller under längre tid inte uppfyllt sina skyldigheter, får *regeringen* meddela föreskrifter eller, på kommunens bekostnad, vidta åtgärder för att avhjälpa bristen. Exempel på åtgärder är meddelanden om detaljföreskrifter eller anordnande av fortbildning för lärare. Statens kostnader får kvittas

¹⁵⁰ Detta slarvaras det med i kommunerna. Mer än 80 % av landets kommuner hade inte gjort någon kvalitetsredovisning trots bestämmelserna. Se t ex GP 10/11 1999 s 13 och 36.

¹⁵¹ Se SkoL 9 kap

¹⁵² Se t ex beslut 1998 11 19 som rörde betygssättning och provning av elever på friskolan Viktor Rydbergs gymnasium. Skolverket fann att alla elevers rätt till likvärdig utbildning hotades genom skolans sätt att utfärda betyg. Om inte bristerna rättades till kunde det medföra att skolan inte fick rätt till bidrag eftersom de inte uppfyllde kraven i SkoL 9 kap 8 §.

mot belopp som kommunen annars skulle ha erhållit. Skolverket har inte i något fall föreslagit regeringen att tillämpa denna form av sanktioner. I de fall Skolverket har övervägt sådana förslag har kommunerna till slut rättat sig efter statens bestämmelser. Skolverket har påpekat att det finns kommuner som saknar skolplaner. Enligt SkoL kan dock inte Skolverket tillgripa några sanktioner mot kommuner som inte upprättar sådana planer.

Barn och ungdom har rätt till en *likvärdig* utbildning. I och med att det specialdestinerade sektorsbidraget för skolan 1993 ersattes med ett generellt statsbidrag, kan likvärdigheten inte längre sammankopplas med finansiell styrning av skolan. Både Riksdagens revisorer och RRV har granskat hur Skolverket borde vidga sin tillsyn så att den även omfattar nationella mål, t ex om skolhuvudmännen har förutsättningar att uppfylla målet om likvärdig utbildning.¹⁵³

7.6 Kommunal revision

7.6.1 Allmänt

Offentlig verksamhet, både statlig och kommunal, vilar på demokratisk grund och utgår ytterst från medborgarna. Det är därför väsentligt att förvaltningens följsamhet till de förtroendevaldas beslut granskas. Då de förtroendevalda förlorar kontrollen över förvaltningen är verksamhetens demokratiska legitimitet förlorad. Som tvångsvis värvade skatte- och avgiftsbetalare har medborgarna även intresse av att verksamheten bedrivs på ett ekonomiskt effektivt sätt. Revisorns funktion kan delas in i tre moment; bedömning, rapportering och återkoppling. Revisorn granskar och bedömer uppdragstagaren och dess verksamhet. Efter utförd bedömning rapporterar revisorn resultatet till huvudmannen. Huvudmannen har sedan möjlighet till återkoppling i förhållande till uppdragstagaren. Denna återkoppling kan t ex utgöras av ett ansvarsutkrävande.

7.6.2 Trovärdighet

En förutsättning för revision är trovärdigheten. Trovärdigheten bygger på kompetens och oberoende. Olle Lundin har i sin avhandling *Kommunal revision En rättslig analys* uttalat att de rättsliga förutsättningarna i KomL brister i många avseenden vad avser trovärdighetskravet. Bandet till politikerna är den största bristen. Revisorn granskar sina

¹⁵³ SOU 1996:169 Bilaga II s 20-31

egna partikamrater vilket ur oberoendesynpunkt är förkastligt. Fullmäktige har dock möjligheter att utse personer som saknar denna bindning men det är i praktiken mycket ovanligt. Vad gäller kompetensen ankommer det på fullmäktige att revisorerna har erforderlig kompetens. Revisorernas kompetens i förhållande till de kommunala företagen är begränsad. Tillgången till relevant kunskap är inte lagstadgad men bristerna kan i princip avhjälpas genom fullmäktiges försorg. Tillgången till bedömningsgrunder för revisionen är inte heller tillfredsställande. Bristen på utvecklad och känd revisionssed är allvarlig och gör att revisionens bedömningar inte kan göras utifrån kända objektiva kriterier. I fråga om återkoppling är den största bristen att revisionsansvarets omfattning inte är kartlagd. Lundin menar att de rättsliga förutsättningarna för kommunrevisionen som kontrollinstrument visserligen existerar men är beroende av fullmäktiges åtgärder.¹⁵⁴

Om systemet med beställar- och utförarmodeller¹⁵⁵ menar han att det inte kommunrättsligt är möjligt att överflytta ansvaret för utförandet av verksamheten till tjänstemannanivån. Även om det är svårt att identifiera kretsen av ansvariga bland de förtroendevalda är det kommunrättsligt tydligt att ansvaret finns där. De förtroendevalda kan inte ur ansvarssynpunkt reduceras till endast beställare av viss verksamhet. Följden av beställar- och utförarmodellerna blir därför ett organisatoriskt teaterstycke där de olika delarna av den kommunala organisationen antar roller som inte stämmer överens med de av kommunallagen uppställda förutsättningarna. *Modellen medför dessutom att utförandet av själva verksamheten överflyttas till en nivå där kommunmedlemmarna saknar möjligheter att överblicka ansvarsfrågorna. Det är självfallet olyckligt och en inskränkning av den lokala demokratin.*¹⁵⁶ Detta talar enligt min mening för att det blir ännu svårare för kommunmedlemmarna att överblicka ansvarsfrågorna när verksamheterna helt övergår att bedrivas av privata utförare. Det är därför intressant att undersöka hur stort inflytande kommunens revisorer har över sådan verksamhet.

7.6.3 "Privatiserad" verksamhet

Lundin undersöker även hur kommunens revision förhåller sig till privatiserad verksamhet. Med privatiserad verksamhet menar han att verksamheten byter rättslig skepnad från offentlig rätt till privaträtt.

¹⁵⁴ Lundin, O, a s 154-157 och 481

¹⁵⁵ Se avsnittet om målstyrning 6.2 i kapitlet om rättssäkerhet.

¹⁵⁶ Lundin, O, a s 219

Vid *avkommunalisering* har revisorernas intresse för verksamheten upphört. Obligatorisk verksamhet enligt specialförfattning kan dock inte avkommunaliseras. Om det skulle ske finns en möjlighet för revisorerna att granska detta och yttra sig inom ramen för sin laglighetsgranskning. Kommunen uppfyller då inte sina lagliga förpliktelser.

Genom att *bevilja bidrag* kan kommunen stödja viss verksamhet. Kommunen har då inte ansvar för verksamhetens utförande eller övrig finansiering och reglering. Det är viktigt att den ansvariga nämnden har någon slags kontroll och uppföljning av bidragstagarna. Dessutom är det möjligt att villkora bidragen. Bidragsstödd verksamhet kan dock inte betecknas som kommunal. Bidragstagarens verksamhet ligger utanför kommunens rättsliga sfär. Kommunens revisorer har därför ingen självständig möjlighet att gå in i en förening och granska verksamheten, såvida inte kommunen uppställt krav vid bidragsgivningen. Vad revisorerna gör är dock att granska nämndens förfarande vid bidragsgivningen och har synpunkter på nämndens kontroll och uppföljning av bidragstagarnas verksamhet och framförallt med handhavandet av de utgivna medlen. En viktig uppgift i granskningen är bidragens lagenlighet. Enligt likställighetsprincipen¹⁵⁷ skall den sökande beviljas eller nekas bidrag på objektiva grunder. Att bidragen utbetalas till verksamhet som faller inom det lokala allmänintresset skall också granskas.

Vid *entreprenad* har kommunen kvar sitt huvudmannaskap och därmed det politiska ansvaret för uppgifterna i förhållande till kommunmedlemmarna. Kommunen har fortfarande ansvar för finansiering och reglering medan produktionen är privat. Entreprenören har ett rättsligt ansvar mot kommunen men inte mot de enskilda kommunmedlemmarna för uppgifternas utförande. Kommunens revisorer har inte möjlighet att granska entreprenörens verksamhet. Entreprenören är rättsligt och faktiskt helt fristående från kommunen och dess ekonomi. Det är endast det privaträttsliga avtalsförhållandet som binder samman kommunen och entreprenören. Den verksamhet som entreprenören bedriver, låt vara på kommunens uppdrag, är därför inte kommunal.

Det är inte helt klarlagt i vilken omfattning en kommun kan lägga ut verksamhet på entreprenad. Kravet på obligatorisk nämndförvaltning innebär inte något totalförbud för att

¹⁵⁷ Se ovan kapitel 3.2

anlita entreprenörer.¹⁵⁸ Vad gäller två av de områden jag berör denna uppsats, dvs området för socialtjänst och den kommunala primärvården, har i respektive författning intagits i princip likalydande regler om att kommunerna har befogenhet att sluta avtal med någon annan att utföra de uppgifter som kommunen ansvarar för. I bestämmelserna erinras dock om att entreprenören inte får fullgöra uppgifter som innefattar myndighetsutövning. I sådana fall krävs lagstöd enligt RF 11 kap 6 § tredje stycket.¹⁵⁹ Skollagen ger däremot ingen rätt för kommuner att avtala med annan om att bedriva grundläggande undervisning.¹⁶⁰

Innan kommunen upphandlar tjänsten *av annan* måste ett upphandlingsförfarande ske. LOU måste iakttas. Ett upphandlingsförfarande är en riskabel situation ur ekonomisk synpunkt. Risken för mutor och felaktigt förfarande vilket kan leda till skadeståndsskyldighet är relativt stor.¹⁶¹ Det finns inget formellt hinder att revisorerna i ett tidigt skede går in och granskar förfarandet. Även om anbuden är sekretessbelagda enligt SekrL 8 kap 10 § kan revisorerna begära tillgång hos nämnden med stöd av SekrL 14 kap 1 §. När avtal väl är slutet saknar revisorerna möjlighet att granska entreprenörens verksamhet. Granskningen blir endast indirekt, dvs de kan endast undersöka att nämndens kontroll och uppföljning av ärendet är tillfredsställande. Kommunens avtal med entreprenören är också en sak för revisorerna att granska. Ett felaktigt utformat avtal kan innebära kostnader för kommunen om t ex en tvist skulle uppstå.

I *företagsbildning* ingår alla varianter där kommunen medverkar i eller skapar ett eget privat rättssubjekt, vanligen aktiebolag eller stiftelse. Det formella huvudmannskapet har övergått från kommunen till det privata rättssubjektet som principiellt kan stå för både produktion, reglering och finansiering. Verksamheten som bedrivs i bolaget är dock fortfarande att betrakta som kommunal. Enligt KomL 6 kap 7 § tredje stycket understryks särskilt att de privata rättssubjekten endast skall betraktas som former att bedriva

¹⁵⁸ Lundin, O, a a s 227

¹⁵⁹ Se SoL 4 § och HSL 18 §

¹⁶⁰ Däremot är det tillåtet med friskolor vilket följer av SkoL 9 kap. Dessa är dock inte kommunen huvudman för.

¹⁶¹ Exempel på detta är äldreboendet Dicksons hus i Örgryte, Göteborg. Enligt kanslichef Inger Sand, Örgryte SDF, tog Partena Care i Maj 1997 över driften genom ett treårsavtal med SDN Örgryte. Efter larm om missförhållanden på hemmet beslutade en oenig SDN att häva kontraktet årsskiftet 1997/98, dvs efter 8 månader, och överta driften igen. Partena Care har därefter stämt SDN för kontraktsbrott och krävt ett stort skadestånd. SDN har i sin tur stämt Partena Care för kontraktsbrott och krävt skadestånd. Parterna har ännu inte nått en uppgörelse men förhandlingar pågår och målet kommer att avgöras i Göteborgs Tingsrätt.

kommunal verksamhet i. Det finns fortfarande en nämnd som är ansvarig för verksamheten även om den bedrivs i privaträttslig form. Enligt förarbetena är det uppenbart att de kommunala nämnderna ansvarar för en verksamhet som utförs av utomstående på kommunens uppdrag.¹⁶² Kommunen är fortfarande ansvarig inför kommunmedlemmarna för verksamheten. Revisorerna skall enligt KomL 9 kap 7 § första stycket granska all verksamhet som bedrivs inom nämndernas verksamhetsområden.

Skall verksamhet som bedrivs i kommunala bolag ses som kommunal verksamhet? Om man antar ett offentlighetsrättsligt synsätt kan man betrakta bolaget som ett organ som utför viss verksamhet till kommunmedlemmarnas nytta. Verksamheterna kan bedrivas i nämndform eller aktiebolagsform. Nämnden regleras av KomL och aktiebolaget av ABL men den verksamhet som bedrivs är kommunal. Detta framgår av KomL genom de särskilda reglerna i 3 kap 16-19 §§ samt 6 kap 1 och 7 §. Företagen skall därmed ses som en alternativ driftsform av kommunal verksamhet.¹⁶³ Det är kommunala medel som förbrukas i företagens verksamhet. KomL stadgar dock inte någon skyldighet för att de anställda i de kommunal företagen skall lämna ut handlingar till revisorerna. Avsaknaden av en sådan skyldighet tyder på att lagstiftaren inte ansett att revisorerna skall revidera de kommunal företagen. Lundin menar att det krävs att kommunfullmäktige stärker revisorernas ställning i förhållande till de kommunala företagen genom att den i t ex bolagsordningen ålägger bolagen att underkasta sig kommunrevisorernas granskning.

I de *delägda kommunala företagen* har kommunfullmäktige inte möjlighet att kräva att revisorerna får rätt att granska verksamheten. Av 3 kap 18 § KomL följer att kommunfullmäktige har ett ansvar att förhandla med sin samarbetspartner för att kommunrevisorerna skall få en möjlighet att granska verksamheten.

Sammanfattningsvis gäller alltså att vid avkommunalisering har kommunen inte längre något inflytande över verksamheten. Vid bidragsgivning är det endast fråga om bidragets överensstämmelse med den offentlighetsrättsliga regleringen som granskas, dvs allmänintresset och likställighetsprincipen, inte verksamheten som sådan. I entreprenörsfallet har kommunen inget inflytande över entreprenörens verksamhet. Det är endast indirekt genom t ex upphandling, uppföljning och utvärdering som kommunen kan

¹⁶² Prop 1993/94:188 s 39-41 och KU 1993/94:40 s 11

¹⁶³ Lundin, O, a s 229-230

vara aktiv. Det är därmed endast ur dessa aspekter som revisorerna kan granska verksamheten. Eftersom det är kommunala medel som förbrukas i verksamheten i fallet företagsbildning blir slutsatsen den att det också ligger i kommunrevisorernas intresse att granska den.¹⁶⁴

7.7 Sammanfattning

Jag har i kapitlet redogjort för de offentliga kontroll- och tillsynsorganen JO, JK, Riksdagens revisorer, RRV, Socialstyrelsen, Länsstyrelsen, Skolverket och kommunal revision enligt KomL med tyngdpunkten förlagd på de sistnämnda. JO och JK har inga möjligheter att utöva tillsyn över verksamheter som bedrivs av privata rättssubjekt såvida de inte bedriver myndighetsutövning. Jag har också berört tillsynen över vård, omsorg och skola samt de problem som är förenade med uppdelningen av tillsynen mellan länsstyrelserna och Socialstyrelsen vad gäller socialtjänsten. Tyngdpunkten har dock legat på den kommunala revisionen och dess trovärdighet eftersom jag anser den vara av stor betydelse för demokratin och medborgarnas rättssäkerhet vad gäller kommunal verksamhet. De kommunala revisionens trovärdighet har brister främst genom att revisorn granskar sina egna partikamrater. Även möjligheterna att granska den verksamhet som bedrivs av privata rättssubjekt är obefintliga. Då de förtroendevalda förlorar kontrollen över förvaltningen är även verksamheternas demokratiska legitimitet förlorad.

8. Sammanfattning och slutsatser

8.1 Medborgerlig insyn

Medborgarnas insyn i den offentliga verksamheten försämras när den bedrivs av privata rättssubjekt eftersom yttrandefriheten endast gäller mot *det allmänna*. Därmed kan den inte åberopas gentemot privata rättssubjekt oberoende av om de är hel- eller delägda kommunala bolag eller entreprenörer som bedriver kommunal verksamhet. På det statliga området har handlingsoffentligheten vad gäller privata rättssubjekt utökats genom en bilaga till SekrL och dessa organ skall vid tillämpningen av SekrL jämföras med myndighet. Även för kommunala företag skall *handlingsoffentlighet* råda och även de skall vid tillämpningen av SekrL jämföras med myndigheter, men inte annars. Beträffande övriga företag där kommuner är delägare skall fullmäktige *verka* för handlingsoffentlighet.

¹⁶⁴ Lundin, O, a a s 231-232

Meddelarfriheten gäller mot *envar*, även mot arbetsgivaren, men i praktiken gäller den bara för anställda inom offentlig förvaltning. Anställningsavtalet innebär att meddelarfriheten avtalas bort och privata arbetsgivare kan åberopa avtalet om de vidtar åtgärder mot sina anställda. Insynen försämras därmed ytterligare. Anställda har dock en viss kritikrätt men var gränsen för denna går avgör arbetsgivaren, och i slutändan AD, i varje enskilt fall.

Meddelarskyddet innefattar dels ett anonymitetsskydd inklusive en tystnadsplikt för journalister m fl dels ett förbud mot efterforskning. Medan anonymitetsskyddet omfattar både privatanställda och offentliganställda omfattar förbudet mot efterforskning endast myndigheter och andra allmänna organ. Begreppet *annat allmänt organ* är vagt. Vid en tolkning bör begreppet tolkas restriktivt eftersom brott mot förbudet är förenat med straffrättsliga sanktioner. Det föreligger många oklarheter vad gäller offentlighetsprincipens omfattning och nyare lagstiftning har inte skapat klarhet utan snarare har frågan komplicerats ytterligare. Oklarheter skapar osäkerhet vilket skapar tystnad kring viktiga frågor vilket minskar insynen ytterligare.

Även JO:s tillsyn går förlorad när kommunal verksamhet bedrivs av privata rättssubjekt såvida inte verksamheten innefattar myndighetsutövning enligt lag. Att JO har en viktig uppgift att fylla visar de ärenden som avgjorts under 1990-talet beträffande offentlig verksamhet där offentlighetsprincipen kränkts i flera fall.

8.2 Risker för rättssäkerheten och demokratin

Enligt RF 1 kap 9 § skall domstolar och *andra* som fullgör uppgifter inom den offentliga förvaltningen i sin verksamhet beakta allas likhet inför lagen samt iaktta saklighet och opartiskhet. Denna objektivitetsprincip avser att förhindra godtycke och maktmissbruk i den offentliga förvaltningen. *Grundsatsen skiljer sig på ett avgörande sätt den offentliga förvaltningen från privat verksamhet.*

Begreppet offentlig förvaltningsuppgift är i uppsatsen liktydig med offentlig verksamhet enligt Marcussons kriterier. Därmed är både kommunal hälso- och sjukvård samt omsorg och skola exempel på offentliga verksamheter oavsett om de bedrivs av privata rättssubjekt eller ej. Även friskolor som erhåller bidrag omfattas av begreppet enligt nämnda

kriterier.¹⁶⁵ Trots att dessa verksamheter kan utföras av annan är det viktigt att saklighets- och objektivitetskrav samt likställighetsprincipen upprätthålls eftersom det fortfarande rör sig om offentlig verksamhet. Ett verktyg för att säkerställa dessa principer är offentlighetsprincipen. Eftersom privatanställda som arbetar inom offentlig verksamhet inte omfattas av hela offentlighetsprincipen föreligger en risk för rättssäkerheten när kommunal verksamhet bedrivs av privata rättssubjekt.

Ett sätt värna rättssäkerheten är att lita till de offentliga tillsyns- och kontrollorgan som finns. JO och JK har dock inga möjligheter att utöva tillsyn över verksamheter som bedrivs av privata rättssubjekt såvida de inte bedriver myndighetsutövning. Tillsynen över vård, omsorg och skola fungerar inte helt tillfredsställande, bl a är uppdelningen av tillsynen mellan länsstyrelserna och Socialstyrelsen vad gäller socialtjänsten ett problem. Den kommunala revisionen har också uppenbara brister beträffande trovärdigheten. Inte heller den anmälningsskyldighet som föreligger i vissa fall för personalen ifråga är tillräcklig. Den täcker bara in om enskilda utsätts eller riskeras att utsättas för *fara* i enskilda fall. Initiativ i tillsynsärenden tas ofta efter att problem uppmärksammas i medierna. Om de anställda inte vågar uttala sig kritiskt finns risk för att missförhållanden inte uppmärksammas av tillsynsmyndigheterna.

Ett annat sätt att kompensera den minskade insynen är att främja brukarinflytande. Det finns dock uppenbara risker för att både likställighet- och objektivitetsprincipen sätts ur spel när brukarinflytande jämföras med demokratiskt inflytande och kontroll över en verksamhet eftersom det oftast är den som talar högst eller har bäst kontakter som vinner. Det föreligger också en risk med att reducera medborgaren till en brukare, klient eller konsument av servicetjänster. Det solidariska ansvaret för det allmännas verksamhet försvinner därmed och den enskilde ser enbart till sig själv och det sina och inte till samhället i stort och solidariteten med andra.

Även den målstyrningsteknik som kommunala politiker och tjänstemän i allt högre grad anammat och som den nya kommunallagen gett utrymme för medför risker för rättssäkerheten och demokratin. Modellen medför att utförandet av själva verksamheten överflyttas till en nivå där medborgarna saknar möjligheter att överblicka ansvarsfrågorna.

¹⁶⁵ Helt privat driven och privat finansierad sjukvård, omsorg och undervisning förekommer visserligen i Sverige idag men är av så marginell betydelse att jag bortser från den här.

Detta är en inskränkning av den lokala demokratin. För den enskilde blir det svårt att överblicka vem som ansvarar för verksamheten. Är det producenten, och i så fall för vilka delar? Är det kanske den kommunala tjänstemannen, men för vilka delar av verksamheten? Är det kanske politikern? Med alla dessa led finns det många att skylla på och ingen som medborgarna direkt kan utkräva ansvar av. För de obligatoriska verksamheterna hälso- och sjukvård, omsorg och skola är kommunen enligt lag huvudman. I förarbetena uttalas dock att med ansvar avses inte ansvaret för den dagliga verksamhetens utförande utan det övergripande politiska ansvaret.¹⁶⁶ Det kan inte heller göras till enbart en konsumentfråga eftersom demokrati och brukarinflytande inte är synonymt.¹⁶⁷

I den allmänna debatten används rättighetsbegreppet som en ideologisk föreställning. HSL är en skyldighetslag utan korresponderade rättigheter. SoL är i vissa delar en rättighetslag eftersom den ger den enskilde vissa legala rättigheter men det rör sig om ramlagstiftning vilket medför nackdelar ur rättssäkerhetssynpunkt. Lagen nämner t ex inget om vilken kvalitet den berättigade kan kräva. Vad gäller rätten till utbildning föreligger ingen egentlig rättighet utan en plikt.

Idag har näringslivets begreppsapparat börjat användas i den offentliga förvaltningen. Man talar om kunder, servicekonsumenter, brukare osv. Medborgarnas möjligheter att påverka är i form av "konsumentmakt". Genom att kunna välja mellan olika vårdgivare, skolor, sjukhem osv skapas en föreställning om en avtalsrelation och producenter som konkurrerar med varandra om kunderna. Detta är dock endast en ideologisk omtolkning av en statusrelation eftersom det är kommunernas skyldighet att ansvara för att servicen ges till alla medborgare. Samtidigt har medborgaren i de flesta fall ingen egentlig utkrävbar rättighet. När kommunal verksamhet övergår att bedrivas av privat rättssubjekt blir det svårare att kontrollera att rättssäkerheten för den enskilde medborgaren är uppfylld. Speciellt i sådana verksamheter där det inte föreligger några legala rättigheter.

Det är politiska beslut som avgör om en verksamhet skall bedrivas av privata rättssubjekt eller ej. På 1990-talet har samarbetsdemokratin präglat kommunalpolitiken. Den har djupt konservativa rötter och dess utopi är den opolitiska politiken där förändringar förväntas ske inom den givna ramen. Samarbetsdemokrater tror att de bäst befrämjar samarbete genom

¹⁶⁶ Se KU 1993/94:40 s 11

¹⁶⁷ Se mer om denna problematik i kapitel 4.2.2

det slutna rummet, istället för öppen diskussion. Om frågor förs ut till vanligt folk blir det bara bråk vilket gör att beslut ofta fattas över huvudet på folk vilket skapar politikerförakt. Det slutna rummet är en odemokratisk arena. En demokrati kan på sikt inte överleva om det inte förs en öppen och fri debatt om politikens innehåll. En öppen och fri debatt är också viktig för att politikerna skall kunna fatta bra och välgrundade beslut.

8.3 Slutdiskussion

Det har blivit allt vanligare att offentliga verksamhet bedrivs av privata rättssubjekt vilket medför att insynen och överblicken över verksamheterna ifråga minskar. Samtidigt har vår demokrati åter utvecklats till en samarbetsdemokrati där viktiga beslut fattas i slutna rum. Jag menar att denna utveckling medför risker för rättssäkerheten och demokratin. Det är därför av vikt att lagstiftaren ser över hur demokratin och rättssäkerheten kan stärkas. Det har tillsatts en parlamentarisk utredning och i uppdraget ingår att föreslå åtgärder som skall dels öka medborgarnas möjligheter till insyn och deltagande i den kommunala demokratin, dels stärka den kommunala representativa demokratis funktionssätt och former. Kommittén skall föreslå åtgärder som kan stärka den medborgerliga insynen i kommunalt delägda företag, kommunala entreprenader och andra alternativa drift- och samverkansformer. En åtgärd bland många som skulle kunna bidra till detta är att låta meddelarfriheten, med de begränsningar som ges i TF, gälla fullt ut för alla arbetstagare. Direktivets utformning tyder emellertid på att det endast är en form av handlingsoffentlighet likt den som idag gäller för kommunala företag som åsyftas.

Enligt min mening bör verksamheter som kommuner ålagts utföra enligt lag omfattas av hela offentlighetsprincipen oavsett om de bedrivs av offentliga eller privata rättssubjekt. Detta främst av demokrati- och rättssäkerhetsskäl. Där makt utövas bör alltid ansvar kunna utkrävas. Personalen och media är av stor vikt för att debatt skapas över dessa viktiga frågor. På så sätt uppmärksammas problem och brister inom kommunala verksamheter även för övriga medborgare. Medborgarna får därmed en bättre överblick av vad som händer i t ex vården och skolan - inte bara när de för tillfället själva befinner sig inom dessa områden som brukare (och då ofta som en svagare part). Detta medför att medborgarna på ett tydligare sätt kan avgöra vilket beslut de skall fatta när de skall rösta om vilka politiker som ytterst skall ansvara för verksamheten i framtiden.

Frågan om meddelarfriheten i förhållandet mellan enskilda var föremål för en utredning som resulterade i betänkandet SOU 1990:12.¹⁶⁸ Utredningsuppdragets syfte var att öka möjligheterna till ett öppet meningsutbyte i massmedierna kring viktiga företag, organisationer och andra organ utanför myndighetsområdet. Efter massiv kritik i remissyttranden föll frågan i glömska.¹⁶⁹ Mycket talar för att överföringen av offentlig verksamhet till privata rättssubjekt kommer öka. I dagarna har landstinget för Västra Götaland t ex beslutat att konkurrensutsätta hälso- och sjukvården.¹⁷⁰ Ansvar för verksamheterna inom vård, skola och omsorg ligger dock i slutändan kvar på politikerna oavsett vem som utför uppgifterna. Verksamheterna finansieras också genom offentliga medel. Därför krävs det kontrollinstrument för att granska verksamheterna. En kontrollmöjlighet bland andra är offentlighetsprincipen och den granskning som de anställda inom verksamheterna kan uppmärksamma övriga medborgare och politiker på via massmedia genom att begagna sig av sin meddelarfrihet.

Meddelarfriheten är en viktig del av offentlighetsprincipen. Den bidrar till att den offentliga debatt som krävs för att demokratin skall hållas levande verkligen blir av. En saklig argumentation syftar till att nå ökad kunskap och att ge bättre underlag för beslutsfattande. Min utgångspunkt är att ju mer offentlighet desto bättre beslut. Minskad offentlighet ökar risken för en ensidig och osaklig debatt vilket inte är bra för demokratin. Även risk för korruption och maktmissbruk och därmed hot för rättssäkerheten föreligger när offentlig verksamhet bedrivs i slutna rum utan insyn. När offentlig verksamhet bedrivs av privata rättssubjekt är uttalandet i betänkandet från 1912 åter aktuellt:

Hänsyn till den sociala omgivningen: familj, förmän, kamrater, affärsförbindelser osv och fruktan för andligt eller ekonomiskt obehag från dess sida utövar hos oss ett övermäktigt tryck på den enskildes yttrandefrihet. Tydligt innebär ingalunda den demokratiska utveckling, varemot samhället tenderar, någon förändring i sådant hänseende, snarare tvärtom. Falsk 'kårande' och falsk 'solidaritetskänsla' förbliva samhällsskadliga faktorer att räkna med. Anonymitetsskyddet är mot detta tryck säkerhetsventilen, som i många fall

¹⁶⁸ SOU 1990:12 Meddelarrätt - Meddelarfrihet i företag och föreningar m m.

¹⁶⁹ Se Ds 1990:83 där alla remissyttranden sammanställts.

¹⁷⁰ Se GP 1/12 1999 s 15

*ensam möjliggör, att ord sägas, som böra bliva uttalade, fakta framdragna, som böra bliva framdragna.*¹⁷¹

På 1930-talet ansågs demonstrations- och mötesfriheten, vilka är en del av yttrandefriheten, så viktiga för demokratiska styrelseformen att skyddet för dessa utökades genom att straffstadgandet störande av allmän sammankomst infördes. Detta innebär numera att enskilda som stör en allmänna sammankomst kan dömas till böter eller fängelse högst sex månader.¹⁷² Enligt artikel 10 i Europakonventionen för de mänskliga fri- och rättigheterna kan yttrandefriheten endast begränsas genom föreskrifter i lag. Europakonventionen är sedan 1995 svensk rätt och kan åberopas av enskild vid svensk domstol. I AD 1997:57 uttalar dock domstolen att artikel 10 endast gäller gentemot det allmänna - inte gentemot ett privat bolag. Visserligen skall den enskilde skyddas mot godtycklig myndighetsinblandning men det kan "också innebära en positiv förpliktelse för staten att skydda rättigheten och förhindra rättighetsintrång som görs av ett enskilt rättssubjekt mot ett annat."¹⁷³ Konventionens artikel 1 säger att det är staten som skall garantera medborgarna de fri- och rättigheter som anges i konventionen. Jag menar att staten behöver vidta åtgärder för att skydda medborgarnas yttrandefrihet så att de också gäller i det dagliga livet, dvs på arbetsplatser runt om i Sverige.

Ett sätt att stärka den medborgerliga insynen i kommunal verksamhet som bedrivs av privata rättssubjekt är att i avtalen mellan kommunen och entreprenörerna, eller i bolagsavtalen beträffande de kommunal företagen, eller som villkor för bidrag, skriva in att de anställda skall omfattas av yttrande- och meddelarfrihet enligt RF:s och TF:s bestämmelser likt anställda i kommunal förvaltning.

Ett ytterligare sätt att skydda alla anställdas yttrande- och meddelarfrihet är ett förslag av Kurt Junesjö, jurist vid LO-TCO Rättsskydd. Genom ett tillägg i MBL skulle det inte längre vara möjligt att avtala bort sina grundläggande fri- och rättigheter. Han föreslår ett tillägg i MBL 1 §.

Förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare skall präglas av ömsesidig respekt. Arbetsgivare skall iakttä den anställdes rätt till grundläggande fri- och rättigheter.

¹⁷¹ Betänkande med förslag till tryckfrihetsförordning, s 63

¹⁷² Se vidare Brottsbalken 16 kap 4 § och NJA II 1937 s 60-65

Vidare föreslår han ett tillägg i MBL 7-9 §§ vilka idag reglerar skyddet för föreningsrätten. De skulle också kunna skydda de medborgerliga fri- och rättigheterna som exempelvis yttrande- och meddelarfriheten.

Sker kränkning av arbetstagarens medborgerliga fri- och rättigheter eller av hans föreningsrätt genom avtalsuppsägning eller annan sådan rättshandling eller genom bestämmelse i kollektivavtal eller i annat avtal är rättshandlingen eller bestämmelsen ogiltig.

Kurt Junesjö menar att dessa lagändringar i praktiken skulle ge privatanställda samma skydd som offentliganställda har och att domstolarna skulle tvingas att ändra sin praxis. Det skulle inte heller bli tillåtet med individuella anställningsavtal som i praktiken sätter munkavle på den anställde. Ändringarna stämmer också väl överens med Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.¹⁷⁴ Man skulle enligt min mening undvika de gränsdragningsproblem rörande vad som är kommunal verksamhet med detta förslag. Det omfattar dock inte handlingsoffentligheten och JO:s tillsyn vilket gör att den ensam inte är tillräcklig för att värna demokratin och rättssäkerheten i den kommunala verksamheten. Den skulle dock vara ett mycket betydelsefullt bidrag till ett mer demokratiskt samhälle där även privatanställda skulle ges möjlighet att delta och berika den offentliga debatten utan att riskera sitt arbete.

¹⁷³ Se Karnov sid 60 och 58 not 54 som hänvisar till not 49.

¹⁷⁴ Kommunalrbetaren nr 19 1999 s 12

Källförteckning*Litteratur*

Alstadt, Ann-Charlott, Greider, Göran, Liten ordbok för underklassen, Ordfront Förlag, Stockholm 1998

Asp, Kent m fl, Uppdraget Journalistiken och den moderna demokratin, Tiden/Svenska Journalistförbundet, Falun 1992

Bramstång, Gunnar, Sociala rättigheters utkrävbarhet och frågan om sanktionsmöjligheter ur Om våra rättigheter IV Antologi utgiven av Rättsfonden, Upplaga 1:1, Stockholm 1991

Bull, Thomas, Mötes- och demonstrationsfriheten En statsrättslig studie av mötes- och demonstrationsfrihetens innehåll och gränser i Sverige, Tyskland och USA, Iustus Förlags AB, Uppsala 1997

Christensen, Anna, Konflikt eller harmoni två normativa strukturer, Ur Politisk filosofi Rättigheter, Symposium, Stockholm/Stehag 1988

Fahlbeck, Reinhold, Företagshemligheter, konkurrensklausuler och yttrandefrihet En kommentar, Nordstedts Juridik, Upplaga 1:1, Göteborg 1992

Holmberg, Erik, Stjernquist, Nils, Vår författning, Upplaga 10:1, Fritzes Förlag AB, Göteborg 1995

Jönsson, Sten m fl, Decentraliserad välfärdsstad Demokrati, effektivitet och service, SNS Förlag, Stockholm 1997

Karnov, svensk lagsamling med kommentarer 1998/99, Fakta Info Direkt

Konkurrens för fortsatt välfärd? - om förekomst, omfattning, effekter och erfarenheter av konkurrensutsättning av alternativa driftsformer, Svenska Kommunförbundet, 1:a upplagan, Kommentus förlag 1999

Lewin, Leif, "Bråka inte!" Om vår tids demokratisyn, SNS Förlag, Kristianstad 1998

Lundin, Olle, Kommunal revision en rättslig analys, Iustus förlag, Uppsala 1999

Låt inte jobbet tysta munnen, SKTF och *Pär Trehörning* 1999

Löfving, Carl, Setterlid, Rikard, Kommunal upphandling och näringsverksamhet inom kommuner och landsting, Upplaga 4:1, Nordstedts Juridik AB, Stockholm 1998

Malmström, Györki, Sjögren, Bonniers svenska ordbok, Biblioteksförlaget, Stockholm 1989

Marcusson, Lena, Offentlig förvaltning utanför myndighetsområdet, Iustus Förlag AB, Uppsala 1989

Nerman, Bengt, Den offentliga lögnen, Atlas, Uddevalla 1997

Paulsson, Ingvar m fl, Kommunallagen Kommentarer och praxis med ändringarna t o m 1 januari 1998, Kommentus Förlag, Stockholm 1997

Petrén, Gustaf, Ragnemalm, Hans, Sveriges grundlagar och tillhörande författningar med förklaringar, Upplaga 12, LiberFörlag, Uddevalla 1980

R Olsson, Anders, Yttrandefrihet & Tryckfrihet Handbok för journalister, Upplaga 2, Rabén Prisma, Smedjebacken 1997

Stadsdelsnämnderna i Göteborg - vad gör dom egentligen?, Göteborgs stad, SDN-delegationen, 1997

Strömberg, Håkan, Allmän förvaltningsrätt, Upplaga 19:1, Liber AB, Malmö 1998

Warling-Nerep, Wiweka, Kommuners lag- och domstolstrots En undersökning av legaliteten i den kommunala förvaltningen, gränserna för den kommunala självstyrelsen samt statens möjligheter att utöva kontroll och ställa kommuner till ansvar. Juristförlaget, Stockholm 1995

Yttrandefrihet och lojalitet hos kommunala arbetstagare, Svenska kommunförbundet, Stockholm 1998

Tidskrifter

Borell, Klas, Johansson, Roine, Ädelreformen som nätverksstyrning. Kan staten styra implementeringsnätverk?, NAT 3/1998 s 249-260

Göransson, Håkan, Betydelsen av begreppet myndighetsutövning inom arbetsrätten, JT nr 4 1991/92 s 621-626

Landelius, Ann-Charlotte, Insynen i kommunala företag, SvJT 1/99 s 48-66

Ragnemalm, Hans, Överlämnande av förvaltningsuppgifter till enskilt subjekt, FT 1976 s 105-145

Riberdahl, Curt, Privatisering, entreprenad eller kommunal drift - juridiska aspekter, FT 1985 s 137-175

Strömberg, Håkan, "Allmänt" och "enskilt" i den offentliga rätten, FT 1985 s 49-63

Tidestav, Kristina, Har tjänstemännen för stor makt i målstyrda myndigheter?, NAT 1/1998 s 5-24

Westerhäll, Lotta, Överlämnande av förvaltningsuppgifter till enskilda rättssubjekt inom några socialrättsliga ansvarsområden i Sverige, NAT 4/1991 s 371-385

Tidningsartiklar

Westerhäll, Lotta, "Ädelreformen är misslyckad", Sydsvenska Dagbladet 1999-04-18

Södersten, Bo, "Begränsa demokratin", DN 1997-12-14

GP 1999-05-12 s 4

GP 1999-11-10 s 13 och 36

GP 1999-12-01 s 15

GP 1999-12-16 s 36

Hallandsposten 1994-06-11 s 4

Journalisten juni 1999, Öppenhet Framsteg & Bakslag, en bilaga till Journalisten

Kommunalarbetaren nr 17 1999 s 8

Kommunalarbetaren nr 19 1999 s 12

Lag & Avtal nr 6/7 1994 s 35

Lag & Avtal nr 10 1998 s 15

Lag & Avtal nr 8 1999 s 26

Muntligt

Studiebesök 1999-11-10 Göteborgs Stad stadskansliet, Olle Gard

Telefonsamtal 1999-12-30 Örgryte SDF, kanslichef Inger Sand

Offentligt tryck

Propositioner

Prop 1973:90 Förslag till ny regeringsform och ny riksdagsordning m m

Prop 1986/87:151 Om ändringar i tryckfrihetsförordningen m m

Prop 1990/91:117 Om en ny kommunallag

Prop 1992/93:230 Valfrihet i skolan

Prop 1993/94:48 Handlingsoffentlighet hos kommunala företag

Prop 1993/94:188 Lokal demokrati

Prop 1997/98:113 Nationell handlingsplan för äldrepolitiken

Statens offentliga utredningar

SOU 1990:12 Meddelarrätt Meddelarfrihet i företag och föreningar, m m

SOU 1987:35 Ju mer vi är tillsammans del 3

SOU 1993:90 Lokal demokrati i utveckling

SOU 1996:67 Medborgerlig insyn i kommunala entreprenader

SOU 1996:169 Bilaga II Kommunerna och den statliga styrningen

SOU 1997:38 Myndighet eller marknad Statsförvaltningens olika verksamhetsformer

1912 Betänkande med förslag till tryckfrihetsordning, Stockholm 1912

Departementsserien

Ds 1990:83 Remissyttranden över meddelarskyddskommitténs betänkande (SOU 1990:12)

Meddelarrätt

Utskottsbetänkanden

KU 1993/94:40 Lokal demokrati

Direktiv

Dir 1999:98 Åtgärder för att stärka insynen och deltagandet i den kommunala demokratin

Övrigt

NJA II 1937 s 60-65

Rättsfall

AD 1994:79

AD 1997:57

NJA 1993 s 99

JO 1997/98 s 173

JO dnr 2532-1997

JO dnr 3134-1997

RÅ 1962 ref 11

RÅ 1968 ref 30

RÅ 1972 ref 30

RÅ 1974 A 1888

RÅ 1988 ref 40

RÅ 1993 ref 11

Statens Skolverk beslut 1998-11-19